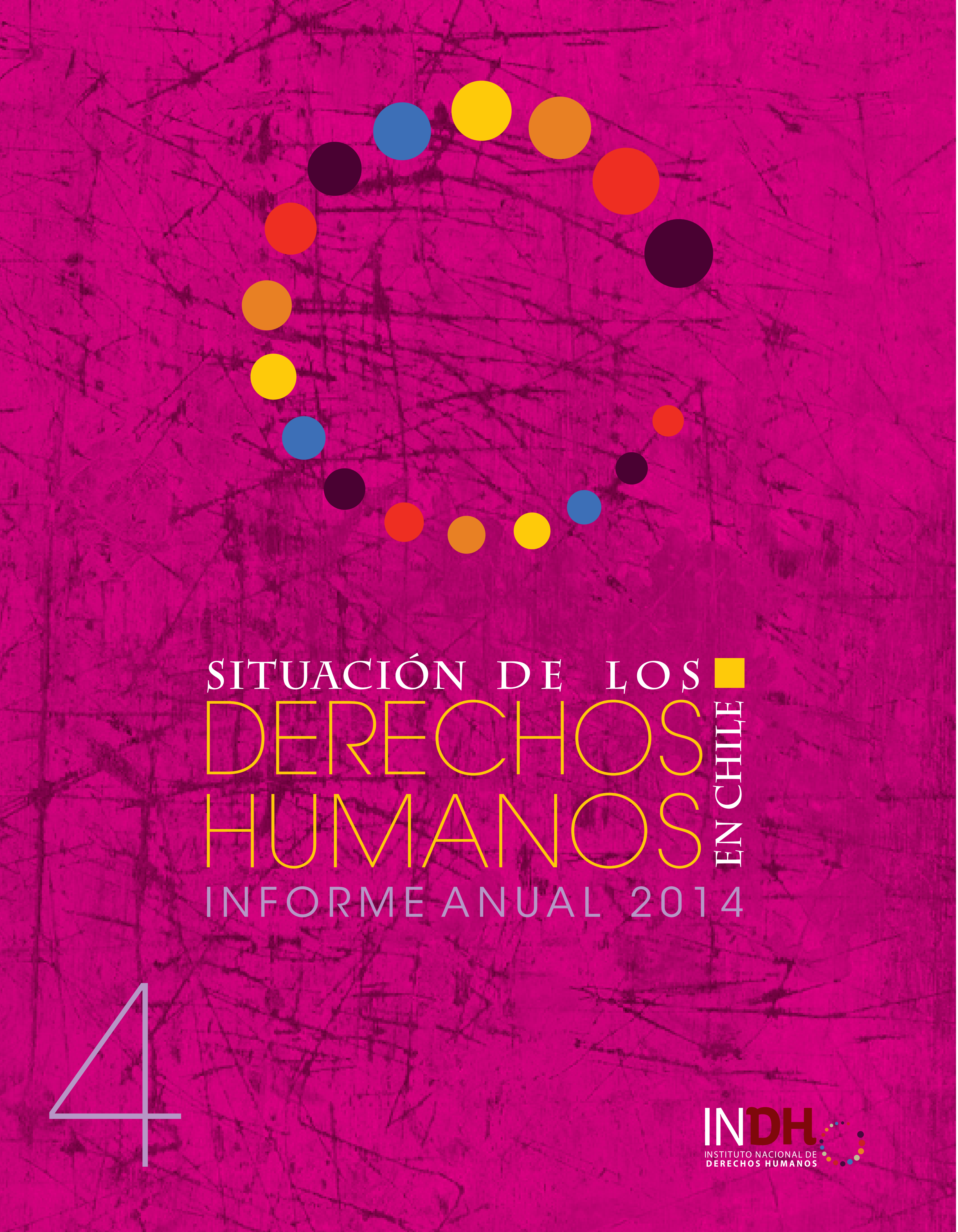

SITUACIÓN DE LOS
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
INFORME ANUAL 2014
4
INDH
INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS

INFORME ANUAL 2014

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE



Informe Anual 2014

Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
José Aylwin Oyarzún
Carolina Carrera Ferrer
Consuelo Contreras Largo
Sebastián Donoso Rodríguez
Carlos Frontaura Rivera
Roberto Garretón Merino
Claudio González Urbina
Sergio Micco Aguayo
Manuel Núñez Poblete

Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Equipo de redacción INDH

Unidad de Estudios
Silvana Lauzán Daskal
Federico Aguirre Madrid
Juan Pablo González Jansana
Dhayana Guzmán Gutiérrez
Diana Maquilón Tamayo
Patricia Provoste Fernández
Tamara Ramos Merino

Unidad de Educación
Enrique Azúa Herrera
Verónica del Pozo Saavedra
María de los Ángeles Villaseca Rebolledo

Unidad de Administración y Finanzas
Ricardo Villa Cifuentes

Colaboración INDH
Tamara Carrera Briceño
Alejandra Molina Millar
Paula Salvo del Canto

Consultores/as para este informe
Constanza Toro Justiniano, Jorge Contesse Singh, Lilian Ruiz Pinto, Fundación Paz Ciudadana (Ana María Morales, Gherman Welsch Chahuán y Nicolás Muñoz) y Sociedad de Asesorías Profesionales Sustentank Limitada (Francisco Maldonado, María Soledad Granados y Paulina Fuenzalida).

Diseño
Winnie Dobbs

Fotografía
Federico Aguirre
Enrique Cerda
Felipe Pizarro
Organización Oro Negro
Jacqueline García - Servicio Médico Legal

Impresión
Andros Impresores
ISBN: 978-956-9025-59-4
Registro de Propiedad Intelectual N° 248.110

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN AL INFORME ANUAL 2014

El presente Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2014 es el quinto que desarrolla el INDH desde su instalación en 2010. El período de análisis va del 1 de noviembre de 2013 al 31 de octubre de 2014, y en cumplimiento con lo que la Ley 20.405 mandata, el informe contiene un diagnóstico de la situación actual de los derechos humanos en ámbitos diversos, así como recomendaciones generales y específicas dirigidas a los distintos poderes y órganos del Estado.

El inicio de una nueva administración de gobierno, en marzo de este año, se inscribe en un contexto de mayor demanda al Estado por más reconocimiento y protección de derechos, más participación, más igualdad, y mejores instituciones. En efecto, según los resultados del estudio Auditoría para la democracia, desarrollado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y presentado en 2014, uno de los problemas de la democracia en el país dice relación con que "el sistema político no se ha hecho cargo oportunamente de materias como la desigualdad social y política, la desafección y la escasa valoración ciudadana de la política y sus instituciones, la baja participación y asociatividad, los temas o las problemáticas sociales emergentes, y la reflexión sobre el desarrollo del país". Además, el estudio manifiesta que el sistema político chileno, si bien es estable y está lejos de experimentar un clima político "extremadamente polarizado o violento, es poco reactivo a las transformaciones sociales" que se plantean. No es que la ciudadanía rechace la democracia (un 69% de las personas considera que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno), sino que un 59% considera que esta funciona de forma regular, como lo señala la segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (ENDH) desarrollada por el INDH en 2013.

Estas percepciones empiezan a articularse gradualmente en un discurso de derechos por parte de la ciudadanía, que tiene expectativas de participación en la toma de decisiones públicas que impactan en su vida. En efecto, por medio de las dos encuestas de derechos humanos desarrolladas por el Instituto en 2011 y 2013 se percibe una ampliación de la noción de derechos humanos, que transita desde una concepción más acotada, enfocada principalmente en las violaciones de derechos ocurridas durante la dictadura, a otra más integral, que reconoce una amplia gama de derechos; los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que además son valorados de forma equivalente. Esta mirada más amplia sobre lo que constituyen derechos humanos incorpora preocupaciones en torno a la libertad de expresión, el acceso a una vivienda adecuada y la seguridad social, entre otros. Este tránsito, y el aprendizaje que supone por parte de las personas que viven en nuestro país, sin duda fortalece la democracia, pero también eleva las exigencias hacia las autoridades políticas del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, así como sobre el Poder Judicial. Así lo refleja la ENDH 2013 en los resultados de la evaluación a buena parte del aparato institucional en cuanto a la defensa de los derechos humanos: los partidos políticos (nota 3,2 promedio), el Congreso (nota 3,4 promedio), el Poder Judicial (nota 3,6 promedio) y el gobierno (nota 3,9 promedio).

El diseño institucional que por décadas ha resguardado la estabilidad en el país, sumado a una característica contemporánea como es el incremento de la capacidad y velocidad de organización por medio de las nuevas tecnologías y las redes sociales, sitúan a las instituciones de representación tradicional y a la burocracia del Estado en general, en la encrucijada de tener que aprender a responder a demandas

nuevas, más organizadas, y más diversas en tiempos récord. La dificultad para adaptarse a estos nuevos tiempos, entre otros elementos, se traduce en bajos niveles de aprobación de la labor de las instituciones, así como un bajo interés por la política partidaria.

Algunas de estas evaluaciones se han planteado como argumentos para el debate sobre la necesidad de una reforma constitucional o de una nueva Constitución Política. A pesar de las reformas que se le han introducido en los últimos 20 años, existe en la mayoría de la población la convicción de que la misma ya no refleja los acuerdos básicos sobre los cuales debe ser construida la convivencia social y articulado el poder del Estado. Según las encuestas, los índices a favor de un cambio constitucional varían desde un 74% (USACH)[1], 73% (Adimark, junio 2014)[2] y 50% de acuerdo y 19,9% muy de acuerdo (LAPOP, 2012)[3]. No obstante estos altos porcentajes en favor de un cambio constitucional, no es claro aún cómo se va a encarar un proceso tan relevante para Chile. En este informe, el INDH manifiesta que, siguiendo los estándares internacionales de derechos humanos, cualquiera sea la fórmula que se elija para transitar este proceso, la misma debe observar ciertos requisitos como la participación ciudadana amplia y diversa, representativa de los diferentes territorios del país, de forma transparente, en condiciones de equidad en la participación de hombres y mujeres, y observando la inclusión de grupos vulnerados.

En su mayoría, estos problemas y desafíos no son nuevos. Han sido estudiados por la academia y también han sido planteados por organizaciones de la sociedad civil involucradas en la promoción y defensa de derechos de la ciudadanía. Los temas en debate en el ámbito público dicen relación con la calidad de la democracia y con su capacidad para responder de forma eficaz y eficiente a las expectativas de la ciudadanía, lo que está directamente ligado con el ejercicio de derechos fundamentales en diversos ámbitos.

El derecho de los derechos humanos tiene un aporte sustantivo que hacer en los actuales debates públicos en el país, en la medida en que estos se refieren al ejercicio de derechos de las personas que habitan el territorio nacional, situación que es revisada en los apartados de este informe como contribución al debate público informado.

Muchos son los avances y también las vulneraciones a los derechos humanos que el INDH ha abordado en sus informes a lo largo de estos años. Se han valorado los primeros y se han sugerido cursos de acción para superar situaciones de afectaciones de derechos en el segundo caso, no siempre recogidos. Si bien es cierto que los cambios políticos, institucionales y culturales llevan tiempo, también existen situaciones de las que da cuenta el presente informe que no pueden esperar, y que requieren de urgentes acciones por parte del Estado.

En agosto de este año se dieron a conocer públicamente imágenes de una golpiza contra un grupo de internos de la Cárcel de Rancagua, por parte de Gendarmes que allí se desempeñaban. En las cárceles de Chile existe la tortura, un crimen aberrante que el Estado se ha comprometido a erradicar, pero que persiste a pesar de haber sido denunciada por medio de diferentes informes de derechos humanos, elaborados por diversas instituciones, en los últimos años. Desde su instalación en el año 2010, el INDH ha interpuesto 38 querellas por tortura (llamada "apremios ilegítimos" en la legislación interna), 14 contra Gendarmería de Chile, 17 contra Carabineros, 7 contra la PDI. Según el derecho internacional de los derechos humanos, la protección de la integridad física y psicológica de las personas es uno de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, prohibiendo la tortura en todos los casos, sin excepción, bajo toda circunstancia.

En este marco se requiere que el Estado asuma acciones urgentes tendientes a revertir este patrón, que viene a agudizar las ya degradantes condiciones en que viven las personas privadas de libertad en nuestro país. Así, el compromiso de instalar en el país el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura se presenta como una herramienta necesaria que puede contribuir a prevenir hechos de especial gravedad, y que no debieran ser indiferentes a ninguna autoridad.

1 La encuesta pregunta: "Respecto a la Constitución vigente: a) Debiera mantenerse la actual (15%); b) debiera cambiarse por una nueva (74%); c) No sabe (12%)".

2 La encuesta pregunta: "Como Ud. sabe, el gobierno ha propuesto una serie de reformas a los impuestos, a la educación y a la constitución, que se están discutiendo en la actualidad. En general, ¿Ud. está de acuerdo o en desacuerdo con: Cambiar la Constitución: 73%".

3 La encuesta pregunta: "Últimamente, se ha planteado una discusión respecto a la necesidad de: una reforma constitucional".

Otro ámbito de afectación de derechos que permanece sin mayores avances es el referido al conflicto intercultural entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche en el sur del país. A propósito de los hechos de violencia ocurridos nuevamente este año, el INDH ha expresado por medio de una declaración pública de su Consejo que "Tanto la muerte en Galvarino de José Quintriqueo Huaiquimil, comunero mapuche, respecto de la que esperamos la más rápida e imparcial investigación sobre las circunstancias en las que se produjo, como los ataques contra carabineros en diversas localidades, son situaciones condenables. Ello no solo por afectar la vida e integridad de las personas, sino por cuanto dan dramática cuenta de la urgente necesidad de abordar caminos de solución a un conflicto que recrudece y se acentúa cada vez que presenciamos hechos como los que hoy lamentamos. […] Es hora de persistir en el diálogo, y al Estado y a las autoridades les cabe en esto la mayor responsabilidad. Estamos conscientes de la complejidad de una situación que se arrastra desde hace demasiado tiempo, pero, por lo mismo, el país espera gestos y actitudes que generen condiciones para un diálogo que, teniendo presente las directrices establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y aplicables a la realidad de los pueblos indígenas, involucre a todos los actores del conflicto, sin exclusión alguna".

En paralelo, las violaciones de derechos –en particular de niños/as y adolescentes mapuche– producto del uso excesivo de la fuerza por parte de personal de Carabineros, se ha mantenido a lo largo del año sin mayores cambios en un patrón sobre el cual el INDH ha reclamado, y al cual se ha referido la justicia, en el sentido de cuestionar y sancionar el actuar de las fuerzas de seguridad, particularmente respecto de niños y niñas mapuche, exigiendo su apego irrestricto a las normas y reglamentos vigentes. Por otro lado, en relación con las demandas de las personas no indígenas que son víctimas de delitos de diverso calibre se observa una falta de respuesta eficaz y oportuna por parte del Estado.

Al igual que en los informes de años anteriores, el INDH reitera la necesidad de adoptar medidas legislativas y políticas que permitan abordar el rezago que el Estado de Chile tiene en materia de derechos de pueblos indígenas. En particular, en este informe se identifican los desafíos que persisten en la materialización de dos derechos fundamentales que el derecho internacional ha reconocido a estos pueblos, cuales son, los derechos que a ellos corresponden sobre sus tierras y territorios de ocupación tradicional, y el derecho a la consulta frente a las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Adicionalmente, el cambio de administración ha provocado que ciertos procesos o procedimientos se ralenticen o, en ocasiones, que retrocedan. La tendencia a volver a empezar todo de nuevo en algunas áreas, sin necesariamente construir sobre el camino recorrido, no ha contribuido a reforzar la confianza pública en los cauces institucionales existentes para canalizar diálogos, demandas o políticas concretas.

En otro tema clave como es la reforma al sistema educacional, el INDH ha señalado en los últimos años diversos ámbitos problemáticos del sistema que una reforma debiera abordar, entre otros, la segregación que acentúa la desigualdad social del país. Si bien han tendido a disminuir las manifestaciones estudiantiles, se ha mantenido viva la discusión, en especial a partir de la primera propuesta enviada por el Ejecutivo al Congreso para reformar algunos aspectos del sistema educacional. Frente a esta primera propuesta gubernamental se han manifestado un porcentaje de sostenedores de colegios y de padres y apoderados. La propuesta de reformas planteada hasta el momento no permite conocer de qué forma se fortalecerá la educación pública, lo que ha dejado a numerosos padres, madres y apoderados con legítimos temores respecto de cómo estas reformas impactarán en sus vidas, y hasta qué punto constituirán efectivamente un salto hacia el desarrollo del país.

El INDH ha abordado la situación de este derecho todos los años, y de acuerdo con los estándares de derechos humanos, ha buscado contribuir a un debate complejo que debiera convocar a todos los actores en la búsqueda del bien común, por sobre intereses particulares. Si bien existen legítimas diferencias en torno a cómo debiera ser esta reforma, el derecho internacional de los derechos humanos identifica estándares mínimos que el Estado debe respetar a la hora de regular este campo o diseñar una nueva política. El INDH velará porque el debate parlamentario incorpore estos estándares en el proyecto que finalmente se apruebe.

Otro ámbito en el que se han registrado eventos preocupantes este año es el medioambiental. Instalados los tribunales ambientales y la Superintendencia de Medio Ambiente, resulta relevante analizar cómo los conflictos existentes y la vulneración del derecho a un medioambiente libre de contaminación se resuelven en el marco de esta nueva red institucional, y cómo esta responde a su mandato. La situación extrema de contaminación que se observa en las denominadas "zonas de sacrificio" es un ejemplo dramático de la planificación fallida del desarrollo sustentable en un marco de respeto a los derechos fundamentales de las personas. Más aún, sus efectos tienen un impacto negativo que se potencia de forma discriminadora, afectando particularmente a grupos de población de menores ingresos, con escasas redes y poder de incidencia sobre la toma de decisiones, y en ocasiones menores de edad. Las personas que habitan y trabajan en estas comunidades pagan los "costos del desarrollo" de forma desproporcionada en comparación con el resto del país, y ven vulnerados sus derechos a la salud y a vivir en un medioambiente libre de contaminación, solo por el hecho de no haber sido debidamente protegidas por el Estado a la hora de autorizar la instalación de nuevas industrias o de controlar de modo eficaz las faenas que allí se desarrollan.

Diversas organizaciones no gubernamentales han sido las que, por medio de estudios y el trabajo en terreno, con las comunidades y las diferentes ramas de trabajadores, han visibilizado y denunciado las particularidades de los problemas que provoca la sobreexplotación del territorio en términos medioambientales. En este ámbito, como en los otros mencionados, es relevante el trabajo intersectorial que pueda tener lugar entre agencias del Estado, así como junto a organizaciones no gubernamentales, las que poseen información, contactos y un saber específico que puede contribuir a una gestión pública más cercana a las demandas de la ciudadanía.

El INDH ha abordado a lo largo de los diferentes informes la situación de los derechos humanos de las mujeres, los que también encuentran dificultades para su reconocimiento, en particular, en materias como el derecho a la salud sexual y reproductiva o en el caso del derecho a la participación política sin poder tener aún una voz representativa en igualdad de condiciones en el Parlamento. Ello refleja lo arraigada que se encuentra en la cultura chilena una concepción estereotipada sobre las mujeres, que se contrapone a su condición de sujetos de derechos. Así, por ejemplo, el informe de este año releva cómo el trabajo doméstico no remunerado, si bien no es realizado exclusivamente por las mujeres, se lleva a cabo en su gran mayoría por las mismas. Se trata de una actividad naturalizada como parte de las tareas propias del sostenimiento del hogar que le correspondería a este grupo de población por el hecho de ser mujeres, sin que el Estado asuma la necesidad de, por un lado, contabilizar la cantidad de tiempo dedicado a tareas domésticas y/o de cuidado de personas mayores y de niños/as, y por tanto, sin que se valore y reconozca dicho aporte en términos económicos.

Finalmente, esta es la primera vez que un gobierno propone una agenda de derechos humanos amplia y diversa dentro de su programa, y el INDH valora ese esfuerzo. Así, por ejemplo, el ámbito de los derechos ciudadanos contempla iniciativas referidas a la superación de la pobreza, a la equidad de género, a la situación de los pueblos indígenas, de los niños/as y adolescentes, así como de los adultos mayores, entre otras. La agenda anunciada ha generado expectativas en cuanto a avances posibles en este campo; no obstante, aún no es mucho lo que se puede decir en esta materia. Sí se ha confirmado el fortalecimiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos, por medio de un incremento de la partida presupuestaria que le permitirá, a partir del año 2015, inaugurar sedes en seis regiones del país, además de la existente en la Región Metropolitana. La proyección indica que, de acuerdo con los compromisos anunciados, en el año 2016 se posibilitaría la apertura de cuatro nuevas sedes, y las últimas cinco (incluida la RM) se completarían en el 2017, permitiendo contar con oficinas operativas a lo largo de todo el territorio nacional. Esto último había sido recomendado al Estado de Chile por parte del Comité de Derechos Humanos, en julio de 2014, en los siguientes términos "El Estado parte debe intensificar sus esfuerzos para lograr que el INDH disponga de los recursos necesarios para poder desempeñar su mandato eficazmente, en todas las regiones del país".

El INDH ha constatado en sus informes anteriores las desiguales condiciones para el ejercicio de derechos que existen entre las regiones del país, en especial en comparación

con la Región Metropolitana. Esto ha sido motivo de diversas manifestaciones sociales en años anteriores, y el Estado y sus autoridades tienen la obligación de revertir las desigualdades territoriales en este ámbito. La importancia del crecimiento del INDH está vinculada con la obligación de dar garantías a la protección y promoción de los derechos a lo largo de todo el país, en condiciones de igualdad y sin discriminación para todas las personas.

METODOLOGÍA DEL INFORME

El índice de contenidos de este Informe Anual 2014 ha sido aprobado por el Consejo del INDH en marzo, sobre la base de diferentes consideraciones. Por un lado, los contenidos buscan un equilibrio que relacione la coyuntura del año y los problemas que estaban siendo debatidos –siempre que digan relación con los derechos humanos– en el ámbito público, así como los temas que persisten en el tiempo. También se toma en consideración aquellos temas sobre los cuales el Estado de Chile debe rendir cuentas ante los organismos internacionales de derechos humanos a lo largo del año.

Cada apartado ofrece inicialmente una reseña con antecedentes del año, que introduce en el contexto actual el derecho a analizar. A continuación se analizan los estándares internacionales de derechos humanos –para lo cual se exponen primero las obligaciones contenidas en tratados y convenciones, luego los criterios contenidos en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaraciones y otros documentos como recomendaciones de organismos autorizados del sistema universal o regional de DD.HH., e informes de los/as relatores de dicho sistema– y el modo en que se encuentra regulado a nivel nacional. Dependiendo del caso, los apartados revisan planes y políticas desarrolladas, casos o experiencias específicas o estadísticas que permitan relevar el estado de situación. El INDH realiza recomendaciones generales y específicas, que se presentan al final del informe.

El informe se elabora según diversas fuentes de información, las que deben cumplir con los estándares de confiabilidad propios de los métodos estadísticos y las metodologías de investigación en ciencias sociales.

Entre las técnicas de recolección de información más usadas está el envío de oficios a servicios y ministerios, que de acuerdo con la Ley 18.880 de procedimientos administrativos, les obliga a responder en un tiempo de entre 10 y 20 días hábiles. También se utilizan las cuentas públicas que ponen a disposición los servicios, y otros documentos de libre disposición por medio de sus sitios *web*. Así, es en función de información oficial del Estado que el INDH construye una parte del diagnóstico de la situación de cada derecho analizado.

Este año, a partir de las modificaciones en los equipos de trabajo producto del nuevo gobierno, en algunos servicios se han percibido dificultades concretas para acceder a información o para recibirla en el tiempo que corresponde de modo de poder ser incorporadas en este informe. Este ha sido el caso particular de Gendarmería de Chile, a quien se le envió un oficio requiriendo información el 22 de mayo, y solo respondieron luego de numerosos intercambios, el 8 de septiembre, es decir, casi tres meses y medio después. En contrapartida, cabe destacar el esfuerzo realizado por algunas instituciones con el fin de responder a tiempo y de forma completa, aun con las limitaciones producto de que algunos servicios no registran en sus labores diarias todos los datos que el INDH requiere para su análisis. Entre estas destaca muy especialmente la labor del Departamento de Salud Mental del MINSAL y la del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

El Instituto también ha considerado la información producida por organizaciones no gubernamentales tanto nacionales como internacionales, y de organismos regionales e internacionales de derechos humanos. Las referencias a ellos se encuentran en la bibliografía al final de cada apartado, así como en las notas al pie. También se reconoce el aporte de profesionales y activistas de organizaciones no gubernamentales como de Oceana, Londres 38, Sur Maule, entre otros. Su generosidad para compartir saberes, información, contactos y diagnósticos merece ser reconocida, en tanto aporte fundamental para el trabajo del INDH.

En el caso del apartado sobre autonomía de las personas con discapacidad mental, el de derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el de derechos de niños/as y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales, y en el de derechos laborales, también se utilizó como metodología de levantamiento de información las entrevistas en

profundidad. Esta técnica permite conocer experiencias de vida de las personas, que si bien no admiten generalizaciones, aportan profundidad a la comprensión de un fenómeno y complejidades propias de cada experiencia.

EL CONTENIDO DE ESTE INFORME

El primer capítulo sobre desafíos para la profundización democrática se compone de tres apartados: Constitución y derechos humanos, Institucionalidad democrática y Catástrofes naturales, emergencias y derechos humanos. El primero analiza el debate actual en torno a una posible reforma constitucional, ponderando los posibles mecanismos para llevarla a cabo desde una perspectiva de derechos humanos. El segundo aborda diferentes ámbitos de las normas e instituciones democráticas que, por su impacto sobre el ejercicio de derechos fundamentales, son de especial preocupación para el INDH. En el tercer apartado se consideran los estándares internacionales en la materia, y se revisa la respuesta del Estado ante el terremoto en el Norte Grande y el incendio en Valparaíso.

El segundo capítulo del Informe aborda la cuestión del acceso a la justicia, en particular en lo relacionado con las personas privadas de libertad en prisión preventiva.

El tercer capítulo se titula ejercicio de derechos sin discriminación y analiza la cuestión del trabajo doméstico no remunerado y la situación de la capacidad jurídica de personas con discapacidad mental (en especial en casos de interdicciones, internaciones involuntarias y de esterilizaciones forzadas). A continuación, el apartado de derechos de las personas afrochilenas recoge datos sobre este grupo de población y aborda su insuficiente reconocimiento. El apartado sobre derechos de los niños/as y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales recoge un tema que ha sido debatido a lo largo del año, en relación con la necesidad de resguardar sus derechos en el proceso de ser escuchados adecuadamente. Finalmente, se analiza por primera vez la situación del derecho a la libertad religiosa y de culto en el país.

El cuarto capítulo se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, al derecho a educación, donde se revisa la primera propuesta de reforma enviada por el gobierno, a la luz de los estándares de derechos humanos. Adicionalmente se analiza el recurso de tutela de derechos fundamentales, creado en el 2006 y disponible en el campo de los derechos laborales, como herramienta de acceso a la justicia. En el apartado referido al derecho a la salud y maternidad se analizan los estándares de derechos humanos y las políticas del Estado para garantizar los derechos de las mujeres en torno a su salud reproductiva.

En el capítulo de territorios y derechos humanos, el informe aborda la situación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en particular, el derecho sobre la tierra y a la consulta previa e informada. Adicionalmente, el apartado sobre derecho a un medioambiente libre de contaminación releva la situación del país en dos zonas de sacrificio y describe los resultados que arroja la implementación de los tribunales ambientales hasta el momento.

El último capítulo se refiere un aspecto específico producto de las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990, cual es el acceso a información, el derecho a la verdad y el tratamiento de los archivos con información y testimonios sobre lo ocurrido.

Por último, junto a las recomendaciones al Estado, el INDH incorpora su informe de gestión, por medio del cual rinde cuentas de la gestión operativa, administrativa y financiera de la institución.



Desafíos para la **profundización democrática**

1

1. Constitución y derechos humanos
2. Institucionalidad democrática y derechos humanos
3. Catástrofes naturales, emergencias y derechos humanos



1

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



1 CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Actualmente, el modelo constitucional en Chile está en debate y la legitimidad de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR o "la Constitución", indistintamente) está puesta en cuestión por diversos sectores de la sociedad. Y es que la Constitución debe ser un reflejo de los acuerdos mínimos dentro de una sociedad democrática. Es en este texto fundamental donde se debe expresar el consenso esencial que proporciona las bases para la cohesión del cuerpo social y en el que también se manifiestan los principios que estructuran la identidad colectiva. El cuestionamiento a su legitimidad no se da solo en términos de la legitimidad de su origen, sino que también está relacionado con sus contenidos fundamentales, en particular sobre la concepción y forma de organización del Estado, en el tipo de democracia que establece y el rol y derechos de la ciudadanía en ella contemplados. Como consecuencia, la Constitución política vigente no constituiría un acuerdo social reflejo del momento histórico actual[1]. Desde una perspectiva de derechos humanos este debate no es indiferente al INDH.

Para el INDH "la Constitución es el reflejo o cristalización de un momento histórico determinado y, por tanto, depositaria de los valores imperantes que estima esenciales y fundamentales para el desarrollo de un determinado modelo de convivencia" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 31). Consecuencia de lo anterior es que "la Constitución Política de la República es la norma más importante de nuestro ordenamiento jurídico. Establece los principios políticos, culturales, sociales y económicos esenciales que determinan la organización del Estado y las atribuciones y competencias de sus órganos. Asimismo, consagra los límites al ejercicio del poder público y el reconocimiento de derechos, individuales y colectivos, que tienen todas las personas que se encuentren bajo la potestad del Estado" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 25). Qué tipo de Estado se quiere, cuál es su organización política y jurídica, cuáles son las funciones de los distintos poderes, cómo se garantiza la separación de funciones, qué derechos se reconocen en el catálogo de derechos, qué mecanismos constitucionales existen para exigir el cumplimiento al Estado de esos derechos, qué mecanismo de reforma constitucional se contempla, cuáles son las bases que definen la igualdad entre hombres y mujeres, o si se exigen distintos tipos de quórums para su modificación dependiendo de la materia, son todas preguntas pertinentes en este debate acerca de la "cuestión constitucional"[2].

1 En Chile se percibe una valoración por la democracia como forma de gobierno, pero un rechazo a su funcionamiento. Según la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos del INDH, el 69% opina que es preferible la democracia a cualquier otra forma de gobierno, pero el 59% opina que esta funciona "regular" y un 24% opina que "mal y muy mal" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Por su parte, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo concluyó que "la valoración de la democracia y su preferencia frente a otras alternativas de gobierno no implica necesariamente que la ciudadanía no pueda tener una postura crítica ante su funcionamiento. Así, en Chile el aumento de la valoración de la democracia es paralelo a un descontento respecto de la forma como se desarrolla la práctica democrática" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, pág. 55).

2 Cuestión constitucional en el sentido del debate propio de toda sociedad acerca de la necesidad o no de un nuevo texto constitucional o de plantear reformas parciales al texto constitucional vigente. En el ámbito académico se han expresado distintas posturas. Jaraquemada y Mery han planteado que "en la constitución de 1980 podemos apreciar que, con independencia del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida. Por otra parte, las sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas" (Jaraquemada & Mery, 2013, pág. 45). Con una opinión distinta, Jorge Correa Sutil plantea que "el país no se reconoce en la Constitución de 1980", pero "aun cuando existen buenas razones para entender que la Constitución del 80 está lejos de ser adecuada para enmarcar nuestro sistema democrático, podría no haber llegado la hora de escribir una nueva, sino de instalar un debate en que triunfe la idea de ´deconstruir´ las formas excesivamente ideológicas de la que nos rige y de abrir más y no menos espacio al juego político" (Correa, 2013, pág. 29 y 27). Finalmente, para Fernando Muñoz, "si Chile es una república democrática, ello significa que el pueblo detenta el poder constituyente. Por definición, tal poder no acepta como límites las decisiones constitucionales tomadas en el pasado, sea quien sea que las haya tomado. En consecuencia, la voluntad mayoritaria del pueblo basta hoy para activar el ejercicio del poder constituyente originario" (Muñoz, 2013, pág. 60).

El debate existente en torno a la necesidad y oportunidad para reformar la Constitución se cristalizó durante la campaña presidencial de 2013. Así, de las nueve candidaturas que se postularon para la Presidencia de la República, ocho de ellas contemplaban modificaciones constitucionales profundas o, derechamente, una nueva Constitución. En el caso del programa de gobierno de Michelle Bachelet se planteaba la creación de una nueva Constitución, y el Gobierno ha anunciado que en el 2015 ingresaría al Congreso Nacional un proyecto con tal objeto (La Tercera, 2014).

En cuanto a la percepción pública sobre este tema, el 2012, la encuesta realizada dentro del Latin American Public Opinion Project (LAPOP), mostró que un 19,9% estaba muy de acuerdo con la necesidad de una reforma constitucional, mientras que un 50,2% estaba de acuerdo (Latin American Public Opinion Project, 2012). En la misma encuesta, ante la pregunta de quién debe llevar a cabo dicha reforma, el 89,6% de las personas encuestadas opinó que la ciudadanía debía decidir votando a favor o en contra del proyecto, mientras que un 10,4% fue de la opinión que el Congreso Nacional debía decidir. Por su parte, la encuesta correspondiente a septiembre-octubre de 2013 del Centro de Estudios Públicos mostró que un 45% estaba de acuerdo con la realización de una Asamblea Constituyente (Centro de Estudios Públicos, 2013). La misma encuesta, pero correspondiente a julio de 2014, ante la pregunta de respuesta abierta sobre cuáles eran los tres problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo el Gobierno, el 2% respondió que a la reforma constitucional. Por su parte, en diciembre de 2013, la Universidad de Santiago publicó el Estudio de Valores Sociales, según el cual el 74% de las personas encuestadas se manifestó a favor de una nueva Constitución, mientras que un 12% opinó a favor de mantener la actual. Asimismo, en cuanto al mecanismo de modificación, el 57% de las personas encuestadas opinó que la nueva Constitución debía ser encargada por el Congreso Nacional a una Asamblea Constituyente y aprobada por plebiscito, mientras que un 23% opinó que debía ser elaborada por Asamblea Constituyente convocada por organizaciones sociales, mientras que un 7% opinó que debía ser elaborada y aprobada por el Congreso Nacional (Universidad de Santiago de Chile, 2013, pág. 32 y 33). Del mismo modo, la encuesta de junio de 2014 de Adimark arrojó que, del total de personas encuestadas, el 73% está de acuerdo con una nueva Constitución, lo que implica un aumento del 2% respecto de mayo de 2014, donde el porcentaje fue del 71% (Adimark, 2014, pág. 39). Tal como lo planteó el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su reciente Auditoría a la Democracia, "la ciudadanía presenta una postura favorable hacia una serie de reformas políticas propuestas como solución a algunos de los déficits de la democracia chilena, como primarias para seleccionar candidatos a cargos de elección popular, la introducción de cuotas electorales de género, la reforma al sistema electoral binominal, e incluso una reforma constitucional llevada a cabo por votación directa de la ciudadanía" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, pág. 53).

Un reflejo de los cuestionamientos de la ciudadanía en este ámbito fue la campaña desarrollada durante el 2013 por sectores sociales y políticos a objeto de promover la opción de una Asamblea Constituyente como alternativa democrática y participativa para la elaboración de una nueva Constitución política para Chile. La campaña, que llamó a marcar AC en los votos de las elecciones presidenciales, se transformó en un hecho político, toda vez que, según información de la misma organización, "una red de observadores ciudadanos logró estar presente en el 60% de los locales de votación registrando marcas AC en aproximadamente un 10% de los votos" (Marca tu Voto, 2014).

Este debate es relevante desde el punto de vista de los derechos humanos, en la medida en que es el texto constitucional el que define el tipo de reconocimiento que un Estado ofrece a los derechos fundamentales, y fija la forma en que se va a organizar para darles adecuada protección. Según la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (ENDH) realizada por el INDH en 2013, la percepción de la ciudadanía sobre el rol del Estado en garantizar los derechos humanos es muy importante. De las personas encuestadas, el 78% cree que es principalmente el Estado el responsable de garantizar el derecho a la educación, un 79% cree que es el Estado el principal responsable de garantizar el derecho a la salud, un 66% opina lo mismo en cuanto al derecho a vivienda, mientras que un 53% en cuanto al derecho al trabajo. Asimismo, 86% está de acuerdo con que los

derechos humanos son fundamentales en la vida cotidiana y un 69% cree muy importante que la Constitución reconozca a los pueblos indígenas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013).

El presente apartado tiene por objeto exponer, desde una perspectiva de derechos humanos, qué aspectos debieran ser considerados en un proceso de reforma constitucional, sea este más o menos profundo, y cuáles son las razones para ello. El texto comienza revisando la discusión acerca del minimalismo o maximalismo constitucional, y las posiciones en torno a qué tipo de constitución garantiza de mejor forma los derechos humanos. Luego, continúa analizando la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno, principalmente en relación con los problemas normativos existentes y cuál ha sido la interpretación judicial en la materia. Posteriormente, se revisan los ámbitos en los que el INDH –como también los órganos de tratados internacionales– ha planteado la necesidad de reformas constitucionales, esto es, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, igualdad y no discriminación, reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y derecho a la participación social y política. Finalmente, se da cuenta de los diversos mecanismos para llevar a cabo una reforma constitucional, los que son analizados desde una perspectiva de derechos humanos, como asimismo de los requisitos básicos que cualquier mecanismo de modificación constitucional debiese cumplir.

MINIMALISMO Y MAXIMALISMO CONSTITUCIONAL

Las constituciones cumplen propósitos variados. Uno de ellos consiste en limitar el poder estatal, y para ello se reconocen los derechos individuales, como prerrogativas que las personas tienen para controlar al Estado, de forma que los espacios de libertad no les sean ilegítimamente afectados. Otro propósito consiste en sentar las bases del Estado social de derecho, que reconozca niveles de vida digna para todas las personas en igualdad y sin discriminación, para ello se da reconocimiento a los derechos económicos, sociales y culturales. Pero junto con esto, los derechos fundamentales también permiten que las constituciones cumplan otras funciones, entre ellas, la de dotar de un cierto relato jurídico y político al grupo de personas que se organizan en un mismo Estado, lo que es también un elemento importante a la hora de analizar lo que puede o debe incorporarse como contenido sustantivo de un texto constitucional.

En esta perspectiva, en Chile se ha abierto un debate sobre el carácter maximalista o minimalista de la Constitución, vale decir, si el contenido de la Constitución debiera abordar muchas materias (estructura de poder, atribuciones de los órganos públicos y un detallado catálogo de derechos fundamentales) o, más bien, una estructura y procedimientos para la toma de decisiones y un catálogo restringido de derechos, limitado a los llamados derechos civiles y políticos, pero no a los derechos económicos, sociales y culturales[3]. Los defensores del minimalismo constitucional señalan que no es conveniente que una nueva Constitución contenga cláusulas sobre derechos sociales porque entregar su regulación a los jueces atenta contra los principios de la democracia representativa. Según esta mirada, serían los órganos políticos, y especialmente el Congreso Nacional, el que debe determinar el sentido y alcance de las cláusulas sobre derechos sociales. Con todo, el minimalismo no se opone a un determinado contenido de la Constitución, sino más bien responde a una determinada metodología de regulación constitucional: es posible acordar principios fundamentales sobre derechos económicos y sociales, y a la vez, dejar al legislador democrático la responsabilidad de materializar en leyes su regulación específica.

La discusión sobre el minimalismo se emparenta con la distinción entre constituciones de principio y constituciones de detalle. En algunos países, las constituciones son largas y regulan aspectos orgánicos y de derechos con alto grado de especificidad. Se caracterizan por su maximalismo, en el sentido

3 Ver, por ejemplo, José Francisco García, Minimalismo constitucional, LaTercera.com, 21 de octubre de 2013. Según García, "la Constitución debe establecer las reglas y procedimientos básicos, y el núcleo esencial de los derechos civiles y políticos, y el resto quede entregado al legislador democrático, especialmente cuando hablamos de legislación social […]". Ver, del mismo autor, Minimalismo e incrementalismo constitucional, Revista Chilena de Derecho Vol. 41 Nº 1, pp. 267-302, 2014. En un sentido similar, Jorge Correa Sutil ha señalado que "una Constitución sobreabundante es una mala Constitución, pues cada palabra que se incorpora a ella es un límite al poder de las mayorías. El exceso, como el que tiene la que nos rige, no logra una democracia vigorosa". Jorge Correa Sutil, Nueva Constitución, *El Mercurio*, 28 de diciembre 2013.

de querer dejar poco espacio al legislador y resolver todos o buena parte de los asuntos sociales en clave constitucional. Como observan algunos, en materia de derechos fundamentales, es el caso de la propia Constitución chilena[4]. Las constituciones de principio, en cambio, se limitan a enunciar los valores fundamentales sobre los cuales debe descansar la vida en común, dejando al legislador democrático el desarrollo de detalle de dichos principios o valores fundamentales.

LA JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

Otro ámbito de debate constitucional es la relación entre el derecho nacional y las obligaciones jurídicas que se contraen a partir de la ratificación y vigencia en Chile de los tratados internacionales. Tanto en nuestro país como en otros de América Latina se ha discutido acerca de la posición jerárquica que tendrían los derechos consagrados en tratados internacionales en el ordenamiento jurídico doméstico y los países que han modificado sus constituciones en esta materia lo han resuelto de formas diversas.

En el caso de Chile hay interpretaciones divergentes al respecto, y es necesario distinguir entre la norma constitucional y las decisiones judiciales que se han pronunciado sobre la materia[5]. El artículo 5, inciso segundo de la CPR, establece que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". De este modo, si los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados en tratados internacionales tienen la capacidad de limitar lo que las autoridades hacen del mismo modo que los derechos constitucionales, su rango debiera ser también constitucional. Desde el Derecho Internacional, importa considerar que los Estados, en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no pueden invocar el derecho interno para no cumplir con las obligaciones internacionales emanadas de los tratados internacionales ratificados[6]. Así, cualquier jerarquía menor a la constitucional, implicaría abrir una ventana jurídica para que el Estado modifique sus obligaciones internacionales mediante la vía legal interna. En armonía con este argumento, el artículo 54 N° 1 de la CPR, en su inciso quinto, señala que "las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional".

Sobre el inciso segundo del artículo 5 de la CPR el INDH ha planteado que "los derechos y principios contenidos en la propia Constitución Política y los tratados de derechos humanos establecen, por una parte, el deber del Estado de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales, y por otra, una limitación expresa al ejercicio de la soberanía nacional" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 25). Asimismo, "cuando se afirma que la Constitución es la norma suprema, se está señalando que para los derechos y garantías en ella contenidos, incluidos los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, rige este principio, y por tanto el Estado no puede crear legislación que los afecte" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 27)[7].

4 Para Jorge Correa Sutil, "la Carta Fundamental del 80, hija del miedo a la democracia, escribió mucho más de lo necesario acerca de la educación y de muchas otras cosas para que no las resolvieran las mayorías". Ver, Jorge Correa Sutil, Miedos a la democracia, *El Mercurio*, 20 de agosto de 2011. Lo mismo ocurre con otros derechos, como el de propiedad, en que la Constitución despliega una regulación de gran detalle, la que se explica, en parte, como reacción al proceso de reforma agraria llevado a cabo a partir del gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970).

5 En 1989 se adoptaron cincuenta y cuatro reformas a la CPR, recayendo una de ellas sobre el artículo 5, inciso segundo que establecía originalmente que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Se agregó que "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

6 Ver artículo 27 de la Convención que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

7 La posición que el Estado de Chile planteó internacionalmente en 1998, cuando le correspondió someter a consideración del Comité de Derechos Humanos su cuarto informe periódico de cumplimiento, fue que "esta reforma [la de 1989] ha provocado polémica, aunque casi de manera uniforme se considera que, con el fin de fortalecer la jerarquía normativa de los tratados internacionales que los consagran,

Con todo, y a pesar de lo que señala la Constitución, se han generado diversas soluciones jurisprudenciales que impiden señalar de manera categórica cuál es, para el Estado de Chile, el estatus de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales cuando son invocados a nivel doméstico.

a. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional

Dentro del Tribunal Constitucional (TC) no hay uniformidad en la manera como se entiende la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Por una parte, el TC ha emitido jurisprudencia que limita el valor jerárquico de los derechos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos. Por ejemplo, en 2002, al revisar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (o "Estatuto de Roma"), concluyó que los tratados internacionales sobre derechos humanos no tienen una "jerarquía igual o superior a la ley fundamental"[8], agregando que "analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos humanos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía"[9]. No obstante, siete años después, ese mismo Tribunal dictó sentencia utilizando primordialmente el derecho internacional de los derechos humanos, reconociendo el "derecho a la identidad personal". En la ocasión el Tribunal señaló que "debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental", agregando en el mismo considerando que "asimismo, aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país"[10-11].

También se ha pronunciado acerca de la jerarquía de los tratados internacionales[12] a propósito del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT. En dicha oportunidad señaló que de "la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5º, inciso segundo, 32, Nº 17º, y 54, Nº 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando estos versan sobre derechos esenciales que emanan de

otorgándoles rango constitucional y estableciendo una diferencia sustancial entre éstos y tratados internacionales relativos a otras materias. A consecuencia de lo cual debe entenderse que los derechos, deberes y garantías fundamentales que forman parte de los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en el país aumentan y complementan el catálogo de derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución política de la República y tienen su misma jerarquía constitucional". Comité de Derechos Humanos, Cuarto Informe Periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/95/Add.11, 3 de diciembre de 1998, párr. 16. La postura del rango constitucional de los tratados internacionales ha sido reiterada por el Estado de Chile en sus informes a los órganos de tratados (ver Comité Contra la Tortura, CAT/C/20/Add.3, 1993, párr. 9; Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/3/Add.18, 1994, párr. 6; y Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/65/Add.13, 2002, párr. 10, entre otros). No obstante, en otras presentaciones de la misma naturaleza el Estado ha mostrado una postura distinta (ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/CHL/15-18, 2006, párr. 113).

8 Tribunal Constitucional, Rol Nº 346-02, 8 de abril de 2002, considerando 62. De modo similar, en 2013, el mismo Tribunal reafirmó esta doctrina que subordina los derechos humanos contenidos en tratados internacionales a la Constitución. Ver sentencias Roles acumulados Nos 2387-12 y 2388-12, sobre el proyecto de Ley de Pesca.

9 Tribunal Constitucional, Rol 346-02, 8 de abril de 2002, considerando 74.

10 Tribunal Constitucional, Rol 1340-09, 29 de septiembre de 2009, considerando 9.

11 También el 2009, respecto del derecho a la salud y a la seguridad social, el TC planteó los criterios de edad y sexo de la tabla de factores del artículo 38 ter de la Ley 18.933 ("Ley de Isapres") era inconstitucional. Para el TC "el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos". Tribunal Constitucional, Rol Nº 1218-08, 7 de julio de 2009, considerando 18.

12 Tribunal Constitucional, Roles acumulados 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013, a propósito de la Ley de Pesca. La acción fue presentada por un conjunto de senadores y senadoras alegando la inconstitucionalidad de ciertos artículos del proyecto de ley boletín 8091-21 (actualmente Ley 20.657) modificatorio de la Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892).

la naturaleza humana"[13], agregando que "de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma"[14].

b. Casos resueltos en otras instancias judiciales

Existen sentencias en que los tribunales de justicia han utilizado en sus razonamientos argumentos provenientes de tratados internacionales[15]. Un hito en este ámbito es la influencia del derecho internacional de los derechos humanos para que el Decreto Ley de Amnistía dejara de aplicarse en causas de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas durante la dictadura. Inicialmente, el decreto ley de amnistía evitó la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura, además de la investigación y sanción de los responsables de otros delitos derivados de la violencia política. No obstante, hacia fines de la década de los noventa, los tribunales modificaron su doctrina y, adoptando una tesis según la cual los casos de desapariciones forzadas eran equivalentes a delitos de secuestros y no de homicidios (toda vez que no había cuerpos), y que éstos son de ejecución permanente cometidos durante un estado de guerra (por aplicación del Bando Nº 5, dictado por la Junta), resultaban aplicables los Convenios de Ginebra de 1949[16]. Así, la aplicación de la amnistía quedó cuestionada y, en adelante –y de manera coincidente con la aparición de la doctrina de jurisdicción universal, expresada en el arresto de Augusto Pinochet en Londres–, los tribunales dejaron de aplicar este decreto ley, dando preeminencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos[17].

DESAFÍOS PENDIENTES DE LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación se analizan algunos de los temas en que el INDH, por medio de sus Informes Anuales, ha planteado la necesidad de modificaciones a la CPR[18].

a. Derechos Económicos, sociales y culturales

Aunque en Chile "la pobreza relativa ha descendido a un ritmo mayor que en ningún otro país de la OCDE", subsiste aún "la desigualdad de ingresos, que reduce la cohesión social […]"[19], cuestión que en los últimos años ha generado numerosos debates. Inicialmente, fueron las movilizaciones estudiantiles las que pusieron el acento en el problema del sistema educacional que segrega y discrimina a niños, niñas y adolescentes, pero luego otras esferas de la vida social han sido incluidas en los cuestionamientos sociales. El mercado

13 Tribunal Constitucional, Roles acumulados 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013, considerando duodécimo.

14 Ibídem.

15 Ver, al respecto, casos sobre pago de cotizaciones previsionales (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 7.595-04, 30 de marzo de 2004), caso sobre prisión por deudas (Corte Suprema, Rol Nº 1179-04, 6 de abril de 2004) o pago de alimentos en caso de Derecho de Familia (Corte Suprema Rol Nº 608-10, 24 de junio de 2010). En materia de Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, el 1er Juzgado Civil de Chillán estableció que una funcionaria del Servicio de Salud de Ñuble fue discriminada por su discapacidad visual por parte de este servicio público. En su razonamiento el tribunal señaló que "la denunciante padece de una discapacidad visual genética (retinitis pigmentosa) y, en su concepto, por ello, ha sido objeto de una discriminación arbitraria. Al respecto, nuestra legislación, ha ratificado la Convención sobre personas con discapacidad, normativa que en su artículo segundo indica, que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo". Ver, 1er Juzgado Civil de Chillán, Rol C-1901-2014, 1 de agosto de 2014, considerando 10.

16 Corte Suprema, caso de Pedro Poblete Córdova, Rol 469-98, 9 de septiembre de 1998.

17 En algunos casos se llegó incluso a aplicar instrumentos internacionales que no habían sido ratificados por Chile y no se encontraban vigentes, pero que, estimaron los tribunales, reflejaban la conciencia universal sobre los derechos humanos y, por ello, debían tener preeminencia frente a la legislación doméstica. Ver Corte Suprema, caso de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres, Rol 559-04, 13 de diciembre de 2006.

18 El criterio de clasificación de estos temas ha sido construido según la información y argumentos que el propio INDH ha venido entregando desde su instalación, en 2010, principalmente en sus Informes Anuales.

19 Chile es el país con la mayor desigualdad de ingresos entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), donde "el 20% superior de la población gana 13 veces más que el 20% inferior". Ver Estudios Económicos de la OCDE: Chile. Visión General, octubre de 2013, página 5.

laboral, el sistema de pensiones, la salud pública, el derecho a una vivienda digna o el derecho al agua son, junto con la educación, áreas en que se demandan atenciones urgentes dadas las desigualdades en el acceso y la calidad del servicio entre quienes tienen capacidad para pagar por esas prestaciones y quienes no.

Chile ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, por ello, debe respetar y promover los derechos allí contemplados. A pesar de diversas modificaciones legales, varios derechos sociales –educación, salud, previsión social y trabajo– fueron regulados de manera especializada durante la vigencia inmediata de la Constitución de 1980, de tal forma que el modo como están configurados responde al modelo constitucional vigente[20]. Como ha señalado el INDH en Informes Anuales anteriores, el actual diseño constitucional es débil en materia de derechos sociales, ya que, por una parte, no reconoce todos los derechos existentes y, por el otro, la protección judicial que contempla es limitada[21].

Entre los derechos económicos, sociales y culturales no reconocidos en la CPR y que constan, por ejemplo, en el PIDESC, está el derecho a una vivienda adecuada. El INDH ha planteado que "el derecho a una vivienda adecuada, entendido como 'el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad', no está reconocido explícitamente en la Constitución" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 253), recomendando "a los poderes del Estado reconocer, a nivel constitucional y legal, el derecho a una vivienda adecuada de acuerdo con los estándares internacionales en derechos humanos" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 339). Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que le preocupa que en Chile "algunos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la vivienda, no se consideren justiciables en el Estado Parte. A este respecto, el Comité observa la escasez de jurisprudencia en que los derechos enunciados en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] se han invocado ante los tribunales nacionales o en que estos les han dado cumplimiento directamente"[22].

En relación con el derecho al agua, la Constitución hace una breve mención sobre esta dentro del estatuto constitucional del derecho de propiedad, sobre el derecho de aprovechamiento de aguas. El inciso final del artículo 19 Nº 24 menciona que "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". La CPR no establece un estándar mínimo que debe cumplir la ley, sino que refiere en definitiva al marco legal establecido en el Código de Aguas que establece un derecho de aprovechamiento sobre las mismas. El INDH planteó al respecto que "la Constitución Política de la República y el propio Código de Aguas de 1981 otorgan a los particulares el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de ellas, consagrando así un marco normativo que, a juicio de algunos autores, podría relativizar la condición pública de dicho bien" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 210).

Por su parte, en materia de derechos sociales reconocidos en la CPR, en general, las observaciones planteadas por el INDH han sido en torno al acceso a la justicia y la ausencia de un mecanismo de exigibilidad de los mismos. En su primer Informe Anual, el INDH planteó que "desde la perspectiva de la integralidad de los derechos humanos, la acción de protección [del artículo 20 de la CPR] merece críticas que apuntan tanto a lo sustantivo como a lo procedimental en su rol de tutela de derechos fundamentales. En relación con

20 De esta manera, por ejemplo, la educación fue regulada por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990, esto es, un día antes que el general Augusto Pinochet entregara el poder al gobierno democráticamente elegido de Patricio Aylwin. En materia de salud, la ley que creó las Instituciones de Salud Previsional fue dictada por la Junta Militar en 1981. En noviembre de 1980 se instauró un nuevo sistema de pensiones por medio del Decreto Ley Nº 3.500, que creó las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Finalmente, la dictadura, también por medio de una serie de decretos leyes, articuló el denominado "Plan Laboral", que impuso un nuevo orden jurídico en materia de derecho del trabajo, tanto individual como colectivo.

21 Específicamente, en el Informe Anual 2011, el INDH planteó que "si bien la Constitución Política de la República (CPR) establece un catálogo de derechos en su artículo 19, este es débil en materia de DESC. En primer lugar, no reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales, ya que no menciona el derecho a la vivienda, a la alimentación, al agua o a la cultura, entre otros. En segundo lugar, no les otorga protección judicial directa a todos los derechos que reconoce, ya que el recurso de protección –acción constitucional cuyo objeto es restablecer el imperio del derecho– excluye de su protección a los DESC". Ver INDH, Informe Anual 2011, página 136.

22 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Chile, 2004, párr. 12.

lo primero, la protección a los derechos económicos, sociales y culturales DESC es parcial toda vez que se eximen de la acción el derecho a la educación y a la salud –solo protege el derecho a elegir el sistema de salud–, entre otros" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 65)[23]. En relación con el derecho a la educación y cómo este está planteado en la CPR, el INDH ha manifestado que "su garantía y justiciabilidad están limitadas" y que "el derecho a educación no está incorporado en el catálogo contenido en el artículo 20 que establece los derechos amparados por el recurso de protección" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 55)[24]. En el mismo Informe Anual, el INDH recomendó que "el Estado, en su rol de garante del derecho a educación debe avanzar y reconocer y afianzar mecanismos para su exigibilidad. En este sentido, se recomienda al Poder Legislativo avanzar en el fortalecimiento de las tutelas constitucionales del derecho a la educación" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 270). En cuanto al derecho a la salud, el INDH planteó que "la norma [artículo 19 Nº 9 de la CPR] presenta debilidades porque no define el alcance de la protección de la salud, lo que dificulta tanto una interpretación robusta del derecho como la presentación de reclamos ante la justicia en casos de vulneración", agregando que "el derecho a la protección de la salud no forma parte de los derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección; este solo es efectivo en cautelar la posibilidad de elegir entre un sistema privado o público, y en particular sobre los derechos adquiridos en el plan de salud" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 156)[25]. En cuanto al derecho a previsión social, el INDH también planteó que "está excluido [...] de la acción constitucional de protección" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 231).

Finalmente, el Instituto ha señalado deficiencias constitucionales en cuanto al derecho al trabajo. Al respecto sostuvo que "la Constitución reconoce la libertad de optar a un trabajo, la libertad de contratar, el derecho a la negociación colectiva y a sindicalizarse, pero no se refiere a estos como un derecho al trabajo y a derechos laborales. Esto debilita una lectura robusta del derecho, al no reconocerse expresamente y de manera integral con todas sus garantías. Se suma a lo anterior que no todas las garantías en materia laboral están protegidas por la acción constitucional de protección. El artículo 20 de la Constitución no protege la negociación colectiva –aunque sí la sindicalización–, a pesar de que el mismo texto se refiera a este como un derecho de todos los trabajadores y las trabajadoras" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 143). En esta línea, el Instituto dijo que "los poderes del Estado deben reforzar, a nivel constitucional y legal, la definición del derecho al trabajo y de los derechos laborales acorde a los estándares internacionales en derechos humanos, en especial a lo establecido por la OIT en sus Convenios" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 272).

b. Igualdad y no discriminación

Uno de los pilares del derecho internacional de los derechos humanos es el principio de igualdad y no discriminación. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contemplan este principio tanto como un derecho *per se*, como también un principio transversal en el ejercicio de todos los derechos consagrados en los tratados internacionales. Muchos de los tratados internacionales específicos que se han aprobado en el Derecho Internacional tienen como objeto central garantizar la igualdad y no discriminación[26]. De

23 Para un análisis más profundo sobre el recurso de protección ver INDH, Informe Anual 2011, página 89 y siguientes.

24 En este mismo sentido, ver INDH, Informe Anual 2012, página 43 donde señala que "las personas solo pueden recurrir a medidas administrativas de reclamación dado que no se ha incorporado el derecho a la educación en el catálogo de derechos justiciables señalados en el art. 20 de la Constitución". Ahora bien, al constituir el derecho a la educación un bien incorporal y al asegurar la CPR la propiedad sobre toda clase de bienes, tanto corporales como incorporales, se han presentado recursos de protección alegando la vulneración del derecho de propiedad sobre un derecho subjetivo, como es la educación, al constituir un bien incorporal. Ver Gastón Gómez, Derechos Fundamentales y Recurso de Protección, 2005, Ediciones UDP. Ver, asimismo, artículos 565 y 583 del Código Civil en relación con artículo 19 Nº 24 inciso primero de la CPR.

25 Ver también INDH, Informe Anual 2012, página 201, al señalar que "el Instituto [INDH] hizo ver las debilidades de la norma constitucional en el reconocimiento del derecho a la salud en tanto no define el alcance de la protección de la salud, y excluye la vulneración del derecho del catálogo de derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección".

26 Así, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

acuerdo con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), "el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias"[27]. Tal es la importancia de este principio, que la Corte IDH ha señalado que "considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"[28]. Para el INDH "la igualdad y la prohibición de discriminación son elementos de la esencia de las Constituciones Políticas en las sociedades modernas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 79).

El derecho a la igualdad y no discriminación implica que toda distinción debe estar fundamentada, especialmente aquellas realizadas en función de algunos de los criterios sospechosos establecidos principalmente en los tratados internacionales como, también, en la legislación interna de nuestro país[29], de manera tal que se despeje toda duda de arbitrariedad en la decisión, y por tanto, descartar un trato discriminatorio. En este sentido, toda restricción a este derecho debe, tal como lo ha señalado la Corte IDH, estar establecida por ley, basarse en las causales establecidas en la CADH y ser necesarias en una sociedad democrática[30]. Del mismo modo, una regulación comprehensiva del principio de igualdad impone deberes positivos al Estado, de modo de corregir aquellas prácticas discriminatorias instaladas. Al respecto, pueden ubicarse las discusiones sobre acciones afirmativas a favor de grupos vulnerados, como los pueblos indígenas, las mujeres, los migrantes o las personas con capacidades especiales, por nombrar algunos casos[31].

La CPR señala, en su artículo 1 inciso final, que el Estado debe "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". De este modo, al Estado no le basta con establecer contenidos mínimos de este derecho, sino que es necesario adoptar pasos concretos que modifiquen una situación de discriminación estructural[32], ya que la supuesta neutralidad de las normas implica, en los hechos, una lesión al principio de igualdad entendido bajo los estándares de la Corte IDH. Asimismo, en diversas disposiciones, la CPR hace mención al principio de igualdad. Entre estas, el artículo 1 establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", situando a la igualdad, junto a la libertad, como uno de los pilares de la democracia. Por su parte, el artículo 19, que establece el catálogo de derechos constitucionales, en su encabezado señala que "la Constitución asegura a todas las personas". La referencia a "todas" constituye un mandato constitucional de igualdad que debe garantizarse en el ejercicio de todos los derechos allí establecidos. Es dentro del artículo 19 donde encontramos el contenido sustancial de este derecho. El artículo en su numeral 2 asegura "la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley", agregando en su inciso segundo que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Posteriormente, respecto de derechos específicos, la CPR hace mención al principio de igualdad. El artículo 19 Nº 9, que establece el derecho a la protección de la salud, establece que "el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo". En el inciso tercero del numeral 16, en cuanto al

27 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 88.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 101. Ver también, Corte IDH, caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79. Por Jus Cogens, se entiende aquellas normas imperativas de Derecho Internacional las cuales no puede ser modificadas por los Estados, a menos que sea por una ley posterior que tenga el mismo carácter. Ver artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

29 Ver, por ejemplo, artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2 de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

30 Ver, Corte IDH, caso Claude Reyes vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párrafos 89 a 91.

31 Ver, por ejemplo, INDH, Seminario Internacional Igualdad y No Discriminación: Estándares y Mecanismos para la Igualdad Real, 2011.

32 Ver Corte IDH, Caso González y Otras ("campo algodonero") vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

derecho al trabajo, la CPR "prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"[33]. En materia tributaria, el numeral 20 establece "la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o formas que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas". Finalmente, el numeral 22 establece "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica".

Es posible identificar que en varias de estas normas la CPR habla de discriminación o de distinciones "arbitrarias". Si bien a nivel internacional el concepto de discriminación contiene la idea de arbitrariedad, mientras que a nivel nacional se habla de discriminaciones arbitrarias, ambos están en consonancia con la idea de que toda distinción que carezca de fundamento constituye una discriminación. Esta definición no es contraria a lo que ha señalado el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que se interprete acorde a los estándares internacionales de derechos humanos donde la discriminación no es un concepto neutro, sino que por el contrario tiene una carga negativa, que es la distinción arbitraria o sin justificación válida[34].

No obstante la CPR asegura en diversas partes la igualdad formal de todas las personas y establece como mandato del Estado el asegurar la igual participación de las personas en la vida nacional, el INDH en sus Informes Anuales ha señalado un conjunto de normas, políticas y prácticas que el Estado debe modificar, ya sea porque su objeto o su resultado es discriminatorio[35]. En materia constitucional, un ejemplo es el derecho a voto de las personas privadas de libertad[36]. El INDH señaló que "resulta contraria a la presunción de inocencia la suspensión del derecho a sufragio que establece la Constitución en su art. 16 Nº 2 para los casos de personas imputadas de delitos que merezcan pena aflictiva o que estén acusados de delitos calificados como terroristas. La pena es el resultado de un proceso jurisdiccional que, cumpliendo las debidas garantías procesales, ha concluido la existencia de una responsabilidad penal de una persona. Consecuencia de lo anterior es que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para que las personas en prisión preventiva voten en los establecimientos penitenciarios y para que aquellas imputadas, pero que no se encuentran en prisión preventiva, puedan votar en las mesas electorales que les correspondan" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 146)[37]. El INDH recomendó específicamente "a los poderes colegisladores que se reforme la Constitución Política en su art. 16, con el objetivo de eliminar toda regulación que suspende el derecho a voto a personas acusadas de delitos" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 336).

Desde el derecho internacional de los derechos humanos también se ha planteado la necesidad de reformas constitucionales en materia de igualdad y no discriminación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha recomendado que el Estado de Chile "adopte una definición jurídica general de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque tanto la discriminación directa como la indirecta, y establezca en su Constitución y/o en otra legislación el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención [sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer], con miras a lograr una igualdad formal y sustantiva entre la mujer y el hombre"[38]. Específicamente sobre la situación de discriminación en la participación política que viven las mujeres, el Comité CEDAW ha señalado que "le preocupa el lento progreso en la introducción de nuevas reformas legales [como] el proyecto de ley de cuotas presentado en 1997,

33 De todos modos, no basta con citar la nacionalidad chilena o la edad para permitir la distinción en materia laboral, sino que esta debe estar fundamentada, de manera tal de eliminar toda sospecha de arbitrariedad.

34 Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18. No discriminación, 1989.

35 El principio de igualdad y no discriminación es transversal en el análisis de los Informes Anuales del INDH. No obstante, sobre información de normas, políticas y prácticas específicas que afecten este principio se puede revisar los capítulos sobre igualdad y no discriminación presentes en todos los Informes Anuales del INDH, incluyendo el presente.

36 Ver también, INDH, Informe Anual 2011, página 24.

37 Ver también, INDH, Informe Anual 2013, página 49.

38 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, 2012, párr. 11.

destinado a promover el derecho de la mujer a participar en la vida pública nacional"[39]. En relación con la participación política de mujeres indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) recomendó al Estado chileno que "tomando en cuenta su Recomendación general 23, apartado 4 d), recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública"[40].

El CERD así también ha recomendado que "se enmiende la Constitución a fin de incorporar a ella la prohibición de la discriminación racial"[41]. En cuanto a migrantes, tanto el Comité CEDAW, como el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) han recomendado al Estado revisar la legislación nacional para eliminar toda discriminación contra los hijos y las hijas de personas migrantes en situación irregular en Chile, lo que implica analizar el artículo 10 de la CPR. Específicamente, se ha señalado que el Estado de Chile "revise y modifique su legislación para que los hijos de las mujeres migrantes en situación irregular nacidos en el Estado parte puedan adquirir la nacionalidad chilena por nacimiento cuando esas mujeres no puedan transmitir su nacionalidad a sus hijos"[42].

c. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Como se ha documentado en los Informes Anuales anteriores, así como en el apartado respectivo del presente Informe, la vulneración de derechos de los pueblos indígenas es uno de los problemas de derechos humanos persistentes en Chile. Los pueblos indígenas, al menos desde la recuperación de la democracia en 1990, han articulado buena parte de sus demandas en términos de derechos fundamentales y, específicamente, en clave constitucional[43].

Es importante que una norma que dé reconocimiento a los pueblos indígenas señale de manera expresa que se entienden incorporados no solo los individuos, comunidades o asociaciones, como suele recogerse en la legislación chilena, sino los "pueblos" en su condición de tal, siguiendo los lineamientos vinculantes del derecho internacional de los derechos humanos y las propias demandas indígenas[44]. El INDH ha planteado la necesidad del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en sus Informes Anuales, recomendando que "todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación del Convenio Nº 169 de la OIT, especialmente lo referido al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la institucionalización del derecho a la consulta y la participación, de acuerdo a los estándares que el instrumento establece" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 165)[45]. Asimismo, en

39 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Chile, 2006, párr. 9. Ver, también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política, 2009.

40 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Chile, 2009, párr. 20.

41 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Chile, 2001, párr. 14.

42 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales: Chile, 2011, párr. 33 y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, 2012, párr. 27.

43 Ya en el Acuerdo de Nueva Imperial, en 1989, en cuya virtud representantes de los pueblos indígenas comprometieron su apoyo al entonces candidato de la Concertación de Partidos por la Democracia, y futuro presidente de Chile, Patricio Aylwin, a cambio del establecimiento de una agenda de protección de derechos de los pueblos indígenas, las demandas por derechos aparecieron en el horizonte normativo. Se envió al Congreso Nacional el texto del Convenio 169 de la OIT, el que tardó casi dos décadas en ser despachado (se ratificó en 2008), y se articuló la demanda por reconocimiento constitucional que aún sigue pendiente.

44 Siguiendo la regulación establecida en el Convenio 169 de la OIT, una medida legislativa de este tenor requiere ser consultada con los pueblos de manera previa, libre e informada. La consulta "se asienta en el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 36). Sin la debida consulta, el reconocimiento en la norma constitucional sería solamente formal o solo constituiría una declaración política que no estaría legitimada por el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos. No obstante, el derecho de consulta previa, consagrado en el Convenio 169 y, a nivel interno, en el Decreto Nº 66 del Ministerio de Desarrollo Social, publicado el 4 de marzo de 2014 y que derogó el Decreto Nº 124, no ha podido aún encontrar una regulación que satisfaga y cumpla con todos los estándares internacionales. Una regulación correcta podría encauzar de buena manera la relación entre el Estado, los pueblos indígenas y los privados. Desde la perspectiva de los indígenas, además, serviría como plataforma para abordar temas que hasta ahora siguen sin ser abordados por la institucionalidad. Ver INDH, Informes Anuales 2010, 2011, 2012 y 2013.

45 Ver también, INDH, Informe Anual 2011, página 270 (reiterando la recomendación); e INDH, Informe Anual 2012, página 334.

el 2013 el INDH planteó que "el Estado chileno no ha asumido su condición pluricultural a nivel constitucional" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 26) y que "la falta de reconocimiento constitucional de la condición pluricultural del Estado y la sociedad chilena representa un déficit institucional para encarar las relaciones con los pueblos indígenas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 19). En este sentido, "se trata de un desafío que busca sentar las bases para una convivencia interétnica e intercultural, que reconozca la pluralidad cultural de nuestra sociedad, en el contexto de la unidad territorial del Estado" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 23). Tal como ha señalado el Consejo del INDH en el Informe en Derecho sobre el deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, se requiere "superar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar a los pueblos indígenas el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural [lo que] representa un imperativo jurídico, que requiere asumir como primera condición que hay una realidad multicultural y plurinacional que reclama reconocimiento y respeto" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, pág. 1).

Desde los órganos de tratados de Naciones Unidas, el CERD recomendó al Estado de Chile que "intensifique sus esfuerzos para acelerar el proceso de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y para tal fin, lleve a cabo una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y con el Convenio No.169 de la OIT"[46].

d. Derecho a la participación política y social

La participación es parte constitutiva de la democracia. El fundamento último de las leyes, esto es, la razón por la que obedecemos normas jurídicas, ya sean constitucionales, legales, reglamentarias o bien las decisiones de los tribunales de justicia, es porque no somos solamente sus destinatarios, sino también sus creadores y por la justicia que ellas implican. Así, por ejemplo, la sentencia de un tribunal de justicia que condena a alguien por un delito es pronunciada por un juez, pero la investidura de ese juez y las leyes que él debe aplicar, no es otra cosa que la manifestación de la voluntad soberana del pueblo.

La regulación del derecho a participar de la vida democrática está repartida en varias normas, tanto internacionales como constitucionales[47]. El INDH ha planteado que "el derecho a la participación en los asuntos públicos constituye una demanda transversal de la sociedad chilena, la que se canaliza mediante diversos actores, en relación con distintos temas, y en ámbitos diferentes. Por ejemplo, los movimientos regionales, el movimiento estudiantil, o las comunidades organizadas en torno a conflictos socioambientales reclaman el derecho a participar, de modo de hacer oír sus voces e incidir en la toma de decisiones" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 105). Diversos temas impactan en la protección del derecho a la participación. En primer lugar, la discusión sobre el sistema electoral para diputados y senadores ha marcado parte del debate constitucional. El INDH también ha llamado la atención sobre la situación de personas o grupos específicos, como el caso de las personas privadas de libertad, las personas con discapacidad, las mujeres, y los pueblos indígenas, quienes por diversas razones ven dificultada su participación política en igualdad de condiciones[48]. Una discusión constitucional inclusiva requiere abordar las situaciones de dichos grupos de modo de resguardar sus derechos, así como para asegurar la participación efectiva, por ejemplo, mediante mecanismos de acción afirmativa. Si el principio fundante de la legitimidad de las normas es que ellas son justas tanto por su contenido (ligado a un criterio de justicia que desde la perspectiva de derechos incluye la no restricción ilegítima de derechos y la consideración por las minorías), como también porque todos y todas tenemos la posibilidad de incidir en su adopción y, por lo tanto, somos partícipes de las normas que nos gobiernan. Entonces resulta necesario dotarse de mecanismos que hagan realidad las promesas del autogobierno, lo que en el derecho internacional de los derechos humanos se denomina medidas especiales de carácter temporal.

46 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Chile, 2009, párr. 16.

47 Ver INDH, Informe Anual 2013, pp. 46 y ss.

48 Ibídem, pp. 48-54.

Algunos ámbitos en los que se ha visto las deficiencias de los canales de participación dicen relación con los proyectos de desarrollo que pueden afectar el medioambiente. En general, la legislación chilena contempla mecanismos de participación cuyas condiciones y efectividad ha sido cuestionada por la ciudadanía[49]. Lo mismo ocurre en materia de derechos indígenas. Más allá de que la actual Constitución señala en el inciso final del artículo 1 el derecho "a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", el Convenio 169 de la OIT establece que los pueblos indígenas "deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". Para el INDH, "la importancia del establecimiento de mecanismos de consulta y participación adecuados en esta materia es clave, en la medida que existe una importante presión derivada de la necesidad de contar con nuevas fuentes energéticas en el país y el interés en la explotación de recursos naturales (hídricos, minerales, forestales y otros), emplazados en tierras y territorios indígenas" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 67).

Si bien la participación se expresa en diversos derechos establecidos en la CPR (igualdad de oportunidades en la vida nacional, derecho a voto, libertad de opinión, libertad de reunión, derecho de petición, entre otros), el INDH ha planteado que la regulación constitucional del derecho a manifestación –que constituye un mecanismo de participación– no está acorde a los estándares internacionales, principalmente por no respetar el principio de reserva legal. El INDH señaló que "el derecho de reunión tiene una dimensión privada, donde el Estado tiene un deber de abstención, y una dimensión pública, que es la que justamente queda entregada a las disposiciones generales de la policía. Esto es peculiar dentro de la Constitución, ya que es uno de los pocos casos en [los que] la regulación de su ejercicio que no queda entregada a la ley", agregando que "toda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 73). La observación a la CPR constituye, justamente, que el mismo texto permite –alejándose de los estándares internacionales en la materia– que la regulación del derecho a la manifestación recaiga en un instrumento normativo de menor jerarquía que la ley, como sucede actualmente con el Decreto Supremo 1.086 de 1983 sobre reuniones públicas[50].

49 Ver INDH, Informe Anual 2011, páginas 163 y ss.

MECANISMOS PARA EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dos de los instrumentos más relevantes del sistema universal de derechos humanos, comienzan señalando en su primer artículo que "todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" (artículo 1 común a ambos Pactos Internacionales). Así, el principio de autodeterminación constituye un pilar a partir del cual se articula la teoría y práctica de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General Nº 12, de 1984, ha señalado al respecto que "[e]ste derecho reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos"[51].

El mismo Comité ha subrayado la importancia que tiene no solo en las constituciones, sino también en los procesos en donde estas se generan, la materialización de la libre determinación de los pueblos. Ello al señalar que este derecho está relacionado con "los procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica su ejercicio", procesos que, por lo mismo, deberían ser descritos por los Estados Partes en sus informes[52].

La manera en que esta autodeterminación es ejercida varía en cada país y son muchos los elementos que influyen en su regulación. En Chile, en los últimos años, la "discusión

50 El artículo 19 Nº 13 de la CPR señala en su inciso segundo que "las reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público se regirán por las disposiciones generales de policía".

51 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 12. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 1 - Derecho de libre determinación, 1984, párr. 1.

52 Ibídem, párr. 4.

constituyente" ha estado presente en el debate público, donde uno de los temas centrales ha sido precisamente la pregunta de cómo se debe elaborar una nueva Constitución en el caso de que se haga efectiva. Las respuestas han sido variadas en el contexto actual. En el programa de gobierno de la Presidenta Bachelet se señala que el proceso de creación debiera cumplir con tres requisitos: democrático (que se escuchen todos los puntos de vista y se hagan presente todos los intereses legítimos), institucional (que la presidencia de la república y el congreso nacional deben concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio) y participativo (que la ciudadanía participe activamente en la discusión y aprobación del nuevo texto legal). No obstante, hasta ahora no se ha definido el mecanismo y solo se han dado a conocer estos criterios que fijarían el rango de los mecanismos. Movimientos políticos, por su parte, han levantado sus propias posturas, abogando por la realización de una Asamblea Constituyente, mecanismo inexistente, sin embargo, en la legislación actual chilena[53].

La pregunta es, entonces, cuáles son las ventajas y desventajas –desde los estándares internacionales de derechos humanos– de las diversas alternativas que en el debate público han aparecido. Con ese objeto se mencionan brevemente las cuatro alternativas principales que han estado en debate para luego señalar sus fortalezas y debilidades desde una perspectiva de derechos humanos. Cabe aclarar, de todos modos, que no necesariamente los mecanismos son excluyentes entre sí.

Adicionalmente, vale tener presente que en el marco del actual diseño institucional, la combinación entre los elevados quórums exigidos para la reforma de la Constitución y la composición política del Congreso Nacional a que ha dado origen el sistema electoral binominal, analizado por el INDH en su Informe Anual 2013, dificultan las posibilidades de dotarse de una nueva Constitución o de reformar la actual, incorporando a la ciudadanía en toda su diversidad.

53 El movimiento político Revolución Democrática entregó, en diciembre de 2013, una propuesta de "vía institucional a la asamblea constituyente", consistente en la modificación de dos normas de la Constitución que habilitarían a la presidenta a convocar a plebiscito. Organizaciones de la sociedad civil adhieren a una propuesta similar. Accion.org, "Nuestro compromiso con la Asamblea Constituyente y una fórmula que conduciría a su institucionalización", 5 de mayo de 2014.

i. Reforma según el capítulo XV de la CPR

El capítulo XV de la Constitución (artículos 127 a 129) contempla el mecanismo para su reforma. Allí se establecen diversos quórums (dependiendo de los capítulos que se modifiquen) y las normas de procedimiento que deben seguirse para promover y aprobar una reforma constitucional[54]. Varios autores señalan que la manera correcta y pertinente de cambiar la Constitución es utilizando los mecanismos que el actual ordenamiento jurídico contempla. De lo contrario, argumentan, se estarían usando vías extrainstitucionales y se actuaría al margen de la legalidad[55]. Por ello, cualquiera sea la magnitud del cambio constitucional que quiera hacerse, este necesariamente se debe realizar por el Congreso Nacional y el Ejecutivo, actuando no como legislador, sino como poder constituyente derivado.

ii. Comisión Bicameral

Algunos parlamentarios plantearon la posibilidad de establecer una comisión bicameral, integrada tanto por diputados como por senadores, para estudiar los cambios a la Constitución y someterlos posteriormente a la aprobación

54 El artículo 127 de la CPR establece que el proyecto de reforma constitucional puede iniciarse, en general, por mensaje (Poder Ejecutivo) o por moción (Congreso Nacional). El artículo 128 agrega que el quórum general de aprobación de reforma constitucional es de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio. Las materias que reformen los capítulos I (bases de la institucionalidad), III (de los derechos y deberes constitucionales), VIII (Tribunal Constitucional), XI (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XII (Consejo de Seguridad Nacional) y XV (Reforma de la Constitución) requerirán, sin embargo, 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. Una vez que el proyecto sea aprobado, este pasará al Poder Ejecutivo, el cual puede rechazar totalmente u observarlo parcialmente. Si lo rechaza totalmente, ambas cámaras del Congreso Nacional pueden insistir por medio de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, ante lo cual el Presidente de la República está obligado a promulgar, a menos que convoque a la ciudadanía a plebiscito para aprobar o rechazar. Por su parte, si el Poder Ejecutivo presenta observaciones parciales, estas deben ser aprobadas o rechazadas por 2/3 o 3/5 de los diputados o senadores en ejercicio, dependiendo de la materia, ante lo cual el Presidente de la República debe promulgar la reforma. Si ambas cámaras no logran tales quórums no hay reforma constitucional, a menos que las cámaras insistan por 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio en la parte sí aprobada. Ante esto, el Presidente debe promulgar la parte "insistida" por las cámaras, a menos de que convoque a la ciudadanía a plebiscito. Acorde al artículo 129, el plebiscito debe ser convocado mediante Decreto Supremo dentro de los 30 días siguientes a la insistencia y la fecha del plebiscito no puede ser antes de 30 ni después de 60 días de la fecha de publicación del Decreto Supremo.

55 Ver, por ejemplo, Jaraquemada, Jorge y Mery, Héctor, Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente?, en Anuario de Derecho Público UDP, 2013, Ediciones UDP, pp. 36-59.

del Congreso, actuando como poder constituyente derivado. La idea de organizar una comisión especial dentro del Congreso busca concentrar los esfuerzos para el cambio constitucional en el seno de un organismo colegiado más plural, el que de todas formas recibiría los insumos de la ciudadanía por medio de reuniones, comparecencias de especialistas, académicos, representantes de la sociedad civil, para lograr un texto inclusivo.

iii. Cabildos ciudadanos

La idea de organizar reuniones en diversos lugares del país que permitan recoger la opinión de las personas, para luego ocupar esos insumos en la elaboración formal de un texto de nueva Constitución, fue propuesta por los presidentes de las Comisiones de Constitución del Senado y la Cámara, respectivamente[56]. Estos "cabildos" buscan acercar la discusión constituyente a las personas, generando además un mecanismo de descentralización, toda vez que las reuniones se realizan en diversos lugares y no en una sola región.

iv. Asamblea Constituyente

Como fuera señalado, una de las demandas presentes durante la elección presidencial de 2013 propugnó el establecimiento de una asamblea o convención constituyente, como mecanismo para adoptar el texto de la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente encuentra su fundamento en la concepción de que la soberanía reside en el pueblo y este tiene el derecho a dotarse de una Constitución. Se trata de una concepción consistente con el derecho que, de acuerdo al artículo 1 de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas antes referidos, tienen los pueblos el derecho a establecer libremente su condición política. Quienes promueven las asambleas constituyentes como mecanismo para la elaboración de una Constitución entienden estas no solo como instrumentos jurídicos, sino también como procesos por medio de los que se pueden construir acuerdos o pactos sociales que tienen por objeto asegurar la convivencia democrática de una sociedad. Aunque hay muchos modelos de asamblea constituyente, debido a que estas pueden estar conformadas por ciudadanos y parlamentarios, o solo los primeros, sus integrantes son generalmente elegidos democráticamente para estos efectos, dotándoseles de plazos y procedimientos para la preparación del texto constitucional que luego es sometido a deliberación y aprobación por vía de referéndum.

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS

Los mecanismos reseñados brevemente tienen diferencias entre ellos. Tanto la reforma por vía del Capítulo XV de la Constitución, como el establecimiento de una comisión bicameral, parecen tener menos participación de la ciudadanía. En ambos son las mismas instancias parlamentarias las que, actuando de acuerdo con sus atribuciones ordinarias (reforma) o bien, por medio del establecimiento de una comisión *ad hoc* (comisión bicameral) acuerdan la redacción de un texto constitucional.

La participación ciudadana, en el caso de una reforma según el capítulo XV de la CPR, está reservada a situaciones excepcionales donde el Poder Ejecutivo puede convocar a plebiscito en caso que no quiera promulgar las reformas constitucionales insistidas por el Congreso Nacional[57]. Desde el punto de vista de los derechos humanos, en particular el derecho de participación política reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), estas dos opciones en que el poder constituyente radica en el Congreso Nacional no parecen ser las más adecuadas. Ello por cuanto, como señalara el INDH en su Informe Anual 2013, este derecho se ve restringido por la vigencia de la Ley 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios de 1988, que establece el sistema electoral binominal aún vigente que rige para la elección de diputados/as y senadores/as que integran el Congreso Nacional. El mismo derecho también se ve limitado por los requisitos que para la elección de los mismos congresistas establece la Ley 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, como también lo señalara el INDH en el mismo Informe Anual.

En el caso de los "cabildos ciudadanos", el elemento participativo tiene mayor incidencia, destacando además la po-

56 Senador Felipe Harboe (PPD) y el diputado Ricardo Rincón (DC).

57 Ver pie de página 54.

sibilidad de descentralizar un proceso constituyente. Los cabildos podrían en teoría permitir la participación de miles, quizá millones, de personas en el proceso de debate de una nueva constitución, participación que incluso puede ser superior cuantitativamente a la de la asamblea constituyente –que, en general, sesiona en unos pocos lugares– y a la de una reforma vía Capítulo XV y a la comisión bicameral. Sin embargo, no queda claro en la propuesta que se analiza, cuáles serían las instancias y modalidades por medio de las cuales la voluntad expresada por los ciudadanos y ciudadanas mediante dichos cabildos sería refrendada y convertida en un nuevo texto constitucional. Todo indica, en ausencia de mecanismos constitucionales que reconozcan esta modalidad para la reforma del texto constitucional, que la potestad constituyente en este caso sería ejercida por el Congreso Nacional, cuyas limitaciones como instancia de ejercicio del derecho a la participación política fueran analizadas.

En la asamblea constituyente quienes intervienen en ella generalmente deliberan con carácter vinculante. En otras palabras, no obstante la necesidad de un referéndum ratificatorio de lo acordado en la asamblea, las decisiones que en ella se adopten constituyen el proyecto que luego es sometido a consideración de toda la ciudadanía. Tanto los cabildos, como una comisión bicameral y la reforma por parte del Congreso, en cambio no obligan a consultar y adoptar las perspectivas de quienes no son autoridades investidas.

Ahora bien, se critica a la Asamblea Constituyente por no estar contemplada en la Constitución. Por ello, se ha sugerido que existen formas para que el Poder Ejecutivo convoque a un plebiscito o incluso directamente a una Asamblea Constituyente, ya que aunque el mecanismo no está contemplado en la Constitución, su impugnación ante el Tribunal Constitucional solo podría impetrarla la mayoría del Senado o de la Cámara de Diputados, lo que va a depender de si apoyan esa convocatoria o no. Otros entienden que es necesario modificar algunas reglas de la Constitución que habiliten de manera expresa al Poder Ejecutivo para convocar a un plebiscito que zanje la discusión. Con todo, la comisión bicameral y los cabildos ciudadanos no escapan del problema de la Asamblea Constituyente, ya que ninguno de estos mecanismos está actualmente contemplado en la Constitución como forma legitimada para adoptar el texto de una nueva, aunque podrían utilizarse como formas puramente consultivas. Por ello, de existir una decisión política de adoptar un mecanismo distinto al existente en la Constitución, conllevaría una reforma constitucional previa, la que requiere, en atención al artículo 127 de la CPR, la aprobación de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio[58].

REQUISITOS NECESARIOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Considerando que desde una perspectiva de derechos importa tanto el tipo de mecanismo que se utilice para la adopción de un nuevo texto constitucional, como también que este cumpla con estándares mínimos en la materia, el INDH estima necesario que cualquiera sea el mecanismo utilizado, este cumpla con requisitos mínimos que se revisan a continuación. Cabe señalar que estos requisitos son interdependientes, esto es, que están relacionados entre sí.

i. *Confianza ciudadana.* En caso de que el procedimiento de reforma constitucional contemple la participación de órganos constituidos, como asambleas parlamentarias u otras, estos deben contar con la confianza ciudadana.

ii. *Participación.* El procedimiento debe asegurar la participación de la sociedad civil organizada, evitando la captura de los procedimientos por parte de los partidos políticos. También debe asegurar la participación activa de la ciudadanía procurando evitar los niveles de abstención que caracterizan nuestros actos electorales.

58 En la práctica, eso implica que se requiere el voto a favor de 80 diputados y diputadas en ejercicio y de 25 senadores y senadoras en ejercicio.

iii. *Grupos vulnerados*. El procedimiento debe garantizar la participación de los pueblos indígenas, de las personas con discapacidad, y de las diversidades sexuales; es decir, de los grupos vulnerados o históricamente discriminados.

iv. *Paridad entre hombres y mujeres*. La participación debe ser paritaria, logrando la igual participación de hombres y mujeres en el debate constitucional.

v. *Representación territorial.* El procedimiento debe garantizar una adecuada representación de los intereses territoriales de sus habitantes.

vi. *Transparencia y acceso a información.* La forma en que se lleve a cabo el proceso, los documentos y avances de borradores que se redacten, los fundamentos de las decisiones que se vayan adoptando y, en general, todo el proceso de reforma constitucional debe ser transparente y garantizar el principio de máxima divulgación de la información.

vii. *Igualdad del voto.* Cada voto de cada participante debe tener el mismo peso, reflejando el principio "una persona, un voto".

1

BIBLIOGRAFÍA

Adimark (junio de 2014). *Encuesta: Evaluación Gestión de Gobierno.* Obtenido de http://www.elmostrador.cl/media/2014/07/Encuesta-Adimark-Junio-2014.pdf

Atria, F. (2013). *La Constitución tramposa.* Santiago: LOM.

Centro de Estudios Públicos (2013). *Estudio Nacional de Opinión Pública Nº 70.* Obtenido de http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5388_3457/encuestaCEP_sep-oct2013.pdf

Correa, J. (2013). ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En J. Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP.* Santiago.

Flores, X. (2008). Las relaciones internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático. In R. Avila, A. Grijalva, & R. Martínez, *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva.* Quito.

Gómez, G. (2005). *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección.* Santiago: Ediciones UDP.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (diciembre de 2013). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Obtenido de www.indh.cl

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas*. Santiago.

Jaraquemada, J. & Mery, H. (2013). Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En J. Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP.* Santiago.

La Tercera (7 de octubre de 2014). *Bachelet anuncia reforma constitucional para tener "un Estado unitario, pero descentralizado".* Obtenido de http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/10/674-599090-9-bachelet-anuncia-reforma-constitucional-para-tener-un-estado-unitario-pero.shtml

Latin American Public Opinion Project (2012). *LAPOP.* Obtenido de http://www.cienciapolitica.uc.cl/images/stories/investigacion/chile_lapop_2012.pdf

Marca tu Voto (6 de febrero de 2014). *Marca AC se articula con el objeto de sostener la demanda por una Asamblea Constituyente el 2014.* Obtenido de http://marcatuvoto.cl/2014/02/06/marcaac-se-articula-con-el-objeto-de-sostener-la-demanda-por-una-asamblea-constituyente-el-2014/

Muñoz, F. (2013). "Chile es una República Democrática": La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En J. Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP.* Santiago.

Nino, C. (1992). Fundamentos de Derecho Constitucional. Astrea.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2014). *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracias para un Chile inclusivo.*

Universidad de Santiago de Chile (11 de diciembre de 2013). *Estudio de Valores Sociales.* Obtenido de http://www.elmostrador.cl/media/2013/12/Estudio_de_Valores_Sociales-USACH_diciembre_2003.pdf

2

INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerda



INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS

2

ANTECEDENTES

El Instituto Nacional de Derechos Humanos ha afirmado que el desarrollo y fortalecimiento de la institucionalidad democrática constituye una tarea fundamental para el Estado en pos de configurar un sistema que proteja eficazmente los derechos humanos (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 81 a 120). En este sentido, que el diseño institucional (entendiendo por ello el entramado de normas e instituciones públicas) sea suficiente, adecuado, con recursos, transparente, eficiente y eficaz, es condición elemental de cualquier Estado democrático que se proponga respetar y garantizar los derechos de las personas y honrar sus compromisos internacionales. Si bien el INDH ha destacado cómo Chile ha propendido al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en ámbitos sensibles para los derechos humanos, es necesario detenerse en los vacíos y debilidades que subsisten y a los cuales el INDH se ha referido reiteradamente, debido a la preocupación que generan por su afectación al ejercicio de derechos.

En 2014, los mecanismos internacionales de protección han señalado al Estado de Chile sus pendientes y lo han instado a cumplir con sus obligaciones en materia de institucionalidad. Por una parte, en julio, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico[1], destacó positivamente la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en 2009 y recomendó al Estado "intensificar sus esfuerzos para lograr que el INDH disponga de los recursos necesarios para poder desempeñar su mandato eficazmente, en todas las regiones del país". En contrapartida, el Comité manifestó su preocupación ante la ausencia de medidas concretas para el efectivo establecimiento del mecanismo nacional de prevención contra la tortura (MNPT) y recordó el deber del Estado de agilizar la adopción de las medidas jurídicas necesarias para crear un mecanismo nacional de prevención independiente. En el marco del Segundo Examen Periódico Universal (EPU) 2014, por otra parte, las recomendaciones al Estado se formularon[2] en términos similares a los citados por el Comité, a lo que se sumó una mención para que el Estado acelere el establecimiento de la Subsecretaría de Derechos Humanos, y formule un plan de acción nacional integral en materia de derechos humanos[3].

Durante el acto realizado el 11 de septiembre de 2014 en conmemoración de los 41 años del golpe de Estado, la Presidenta Michelle Bachelet afirmó que se debe "fortalecer, resguardar y mejorar la institucionalidad que hemos construido en estos años, y esa es la razón por la que crearemos la Subsecretaría de Derechos Humanos, con los recursos y el personal necesarios para ejercer su tarea y reforzaremos también el Instituto de Derechos Humanos, para que tenga presencia regional, a partir del año 2015"[4]. De cumplirse lo anunciado por el Ejecutivo, se abordaría uno de los desafíos pendientes en materia de institucionalidad, impulsando la tramitación del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos ingresado en marzo de 2012 por el Gobierno del ex-Presidente Sebastián Piñera. El INDH

1 El Comité de Derechos Humanos examinó el sexto informe periódico presentado por Chile (CCPR/C/CHL/6) en sus sesiones 3068º y 3069º (CCPR/C/SR.3068 y 3069), celebradas los días 7 y 8 de julio de 2014. En su 3090ª sesión (CCPR/C/SR.3090), celebrada el 22 de julio de 2014, el Comité aprobó las observaciones finales.

2 Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos, 26º período de sesiones, A/HRC/26/5. Recomendaciones 121.24 a 121.32.

3 Recomendación 121.127

4 http://www.gob.cl/2014/09/11/discurso-de-la-presidenta-bachelet-en-homenaje-salvador-allende/

destacó en el Informe Anual 2013, en el apartado sobre territorios y derechos humanos, cómo el centralismo del país incide en las condiciones para el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, dejando en una situación de desventaja a las regiones por sobre la población que vive en Santiago (INDH, Informe Anual, 2013, pág. 33 a 41).

El presente apartado analiza algunos ámbitos específicos de la institucionalidad democrática sobre los que el INDH ha manifestado preocupación en reiteradas oportunidades, esto es: la propuesta de creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos y del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura; los compromisos pendientes del Estado de Chile en materia de reforma a la justicia militar, así como fallos relevantes de los tribunales superiores de justicia sobre la materia. En relación con la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley Antiterrorista) se aborda la discusión en torno a su eventual modificación, la que ha estado marcada por los hechos del 8 de septiembre, cuando un artefacto explosivo fue detonado al interior de uno de los basureros ubicados en la galería comercial en la estación de metro "Escuela Militar", dejando catorce personas lesionadas de diversa gravedad y por el caso de Sergio Landskron, víctima fatal del bombazo ocurrido el pasado 25 de septiembre en el barrio Yungay. Finalmente se da cuenta de la publicación y contenido de los Protocolos de Carabineros para el mantenimiento del orden público dados a conocer este año.

SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

Actualmente persiste la necesidad de crear una Subsecretaría de Derechos Humanos con mandato para diseñar, implementar y coordinar las políticas públicas de promoción y protección de los derechos humanos (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 91 a 96). El proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (Boletín 8207-07) no mostró avances hasta el 23 de octubre de 2014, fecha en la cual fueron presentadas un conjunto de indicaciones por el Gobierno. Conforme a lo señalado en el documento de presentación "las indicaciones buscan subsanar las deficiencias que, durante su tramitación, han sido advertidas en el proyecto de ley originalmente propuesto". El INDH valora positivamente que el Ejecutivo haya acogido algunas de las observaciones formuladas por el INDH en su análisis del proyecto de ley[5] y reitera la importancia de avanzar en su tramitación.

En su oportunidad el INDH manifestó que el Comité Interministerial, además de "conocer", debería poder desarrollar medidas según los informes y recomendaciones formulados por el INDH. Ello se aviene con la experiencia comparada, en que las instituciones gubernamentales similares a la propuesta tienen asignado el deber de llevar un registro de las recomendaciones formuladas por las instituciones nacionales de derechos humanos, y de articular propuestas o coordinar esfuerzos a nivel de la administración del Estado para su adecuado cumplimiento. En las recientes indicaciones, el Ejecutivo complementó el deber de conocer el contenido del Informe Anual del INDH con la expresión "elaborar propuestas a partir de su contenido". Esta indicación es un avance positivo, ya que constituye una redacción más adecuada a la finalidad del Comité Interministerial.

El INDH destaca positivamente la indicación Nº 6 que incorpora el artículo 14 bis en el cual se reconoce la importancia del Plan Nacional y se detalla con mayor especificidad el contenido de las políticas públicas contenidas en él. La elaboración del Plan Nacional es de especial valor debido a que en él se debieran priorizar determinados ejes de protección y promoción, en concordancia con los compromisos internacionales del Estado de Chile en la materia. Asimismo el INDH destaca que se incorpore un deber de promoción de los derechos humanos en el desarrollo del Plan Nacional y la prioridad que se reconoce al desarrollo de una política pública tendiente a la educación y formación en derechos humanos. Asimismo constituye un aspecto positivo la incorporación en el Plan Nacional el deber de abordar en forma prioritaria las necesidades y requerimientos de grupos discriminados dentro de la sociedad nacional. Entre las materias que deberán ser siempre consideradas como

5 Informe sobre Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Boletín 8207-07. Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de noviembre de 2013-sesión 179.

una prioridad en el Plan Nacional de Derechos Humanos, las indicaciones incluyen "la adopción de políticas de reparación en los casos de violaciones a los derechos humanos y de preservación de la memoria histórica, en particular, aquellas ocurridas durante la dictadura militar, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990", la que constituye una valiosa adición al proyecto en materia de política de reparación y preservación de la memoria histórica. No obstante, el INDH estima que debiera establecerse una periodicidad para el Plan Nacional de Derechos Humanos en la misma ley.

El Instituto también valora positivamente la indicación Nº 4 g) que complementa las funciones de la Subsecretaría, consagrando como nueva obligación "generar y coordinar instancias de participación y diálogo con organizaciones ciudadanas y con la sociedad civil en general, respecto de la adopción de políticas públicas, planes y programas en materia de derechos humanos, con objeto de promover y garantizar el respeto efectivo de los derechos humanos en los diferentes ámbitos del quehacer nacional, tomando en consideración y, en su caso, remitiendo a las instancias competentes las peticiones que estas les formulen. Asimismo la indicación Nº 5 ii) consagra la posibilidad que representantes de la sociedad puedan asistir al Comité Interministerial en calidad de invitados con derecho a voz, como también personas de reconocida competencia en materia de derechos humanos. El INDH releva la importancia de las indicaciones presentadas por el Ejecutivo que determinan mecanismos de interacción entre la sociedad civil organizada y la nueva institucionalidad de derechos humanos, garantizando una vía para que su opinión y conocimiento sea considerado en la formulación de las políticas públicas, planes y programas en materia de derechos humanos.

Las indicaciones presentadas por el Ejecutivo representan un avance y un perfeccionamiento del proyecto, recogiendo varias de las observaciones previamente realizadas por el INDH. Sin embargo, persisten algunas preocupaciones. La principal se refiere a la nula referencia en el proyecto de ley al establecimiento, en el marco de la Subsecretaría, de las funciones relativas a conocer y calificar casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos, continuando de esta manera la labor de la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Casos de Detenidos-Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura. Como reiteradamente se ha hecho ver al Gobierno, se requiere de la generación de una instancia de Calificación Permanente de víctimas de violaciones a los derechos humanos del período 1973-1990, que pueda procesar la eventual entrega de nuevas evidencias que surjan al respecto, para dar así cumplimiento efectivo al deber de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad en general en relación con este tipo de crímenes, dotando al Estado de una instancia estable en el tiempo. Esta necesidad se condice además, con el propio Mensaje del proyecto original, que indicaba que "[s]e espera tenga la Subsecretaría de Derechos Humanos en el diseño y desarrollo de estudios, planes y programas destinados a la reparación de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos".

Otro aspecto que preocupa al INDH es que el Proyecto no menciona el modo de coordinación que tendrá la futura Subsecretaría con el actual Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Esta interacción debe ser resuelta en dos ámbitos; el primero de ellos, asegurando la no afectación de las actuales competencias y recursos del Programa del Ministerio del Interior, y en segundo término, garantizando que se dé cumplimiento del deber de asistencia a las víctimas y persecución oficiosa de todos aquellos delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad, lo que hoy no se cumple de manera efectiva, por carecer el Ministerio del Interior de las competencias legales para iniciar de oficio querellas por el delito de torturas. En efecto, el INDH, ya en su primer Informe Anual del año 2010, se refirió a la necesidad de proporcionar asistencia legal y reparación a las victimas sobrevivientes del crimen de tortura.

Respecto del Consejo Interministerial de Derechos Humanos, en virtud de la ampliación de sus atribuciones, el INDH recomienda aumentar las sesiones mínimas por año con el propósito que la Comisión Interministerial cuente con los espacios de diálogo adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

El INDH destaca la necesidad de dotar a la Subsecretaría de un presupuesto suficiente que le permita ejercer de forma integral los roles de promoción y coordinación establecidos. Por último, se sugiere revisar la indicación que contiene la

referencia a la función del Ministerio de Justicia y de la Subsecretaría de Derechos Humanos en términos de colaborar con la defensa del Estado en causas internacionales de violaciones a los derechos humanos, por ser incompatible con la finalidad de la institución y al resto de sus atribuciones.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA

La Asamblea General de Naciones Unidas el año 2002 aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el cual consagra una serie de obligaciones a los Estados partes, entre ellas, el deber de establecer un mecanismo nacional de visitas periódicas a los lugares donde se encuentren personas bajo la custodia y dependencia del Estado para evitar la ocurrencia de actos que entrañen torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Estado de Chile ratificó el Protocolo[6], contrayendo obligaciones internacionales de carácter vinculante, sin embargo, se encuentra en mora de implementación del mecanismo desde diciembre de 2010.

El INDH ha relevado cómo los recintos destinados a la privación de libertad constituyen espacios propicios para la comisión de actos constitutivos de tortura y otros apremios (INDH, Informe Anual, 2013, pág. 77 a 88) y ha instado al Estado a dar cumplimiento a los compromisos internacionales que ha adquirido y a reforzar la institucionalidad en derechos humanos, recomendando la creación del MNPT (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 87). Durante el transcurso de este año el INDH ha presentado 16 querellas por apremios ilegítimos ejercidos por funcionarios públicos contra personas privadas de libertad[7], lo cual da cuenta de la urgencia y necesidad de diseñar e implementar una política de prevención contra la tortura a cargo de un órgano especializado como el MNPT.

El Estado de Chile informó en diversas oportunidades que designaría al INDH como mecanismo nacional de prevención contra la tortura[8]. Durante el año 2013, a solicitud del INDH se conformó una mesa técnica de trabajo junto con el Ministerio de Justicia con el propósito de revisar todos los aspectos de la propuesta y la adecuación normativa necesaria con el objeto de asegurar la implementación de conformidad a los estándares y principios establecidos del MNPT.

Durante 2014 los mecanismos internacionales se han pronunciado respecto de la falta de implementación del MNPT. En el marco del EPU 2014 se recomendó a Chile agilizar la adopción de medidas destinadas a la creación del mecanismo[9]. En julio de 2014, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones finales destacó el anuncio del Estado de Chile de designar al INDH como el mecanismo nacional de prevención contra la tortura. Sin embargo, manifestó su preocupación por la no adopción de medidas concretas para el establecimiento del MNPT subrayando el deber del Estado de "agilizar la adopción de las medidas jurídicas necesarias para crear un mecanismo nacional de prevención independiente"[10].

Asumidas las nuevas autoridades de gobierno, en marzo de 2014, el INDH puso en conocimiento del Ministro de Justicia el estado de avance en materia de implementación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, y solicitó que el trabajo de la mesa técnica continuara con la nueva administración. Con fecha 20 de mayo de 2014 en reunión sostenida con la Unidad de Derechos Humanos de dicha repartición, se informó que la implementación del Mecanismo se haría por medio de un proyecto de ley y posteriormente, ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se señaló por la representante del Estado que el Mecanismo estaría bajo la dependencia del INDH[11]. De acuerdo con lo expresado por el propio gobierno en el

6 Decreto Supremo Nº 340, Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial 14 de febrero de 2009.

7 Desde el establecimiento del INDH a octubre de 2014 se interpusieron 41 querellas por apremios ilegítimos.

8 El 28 de diciembre de 2009 mediante comunicación al Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Estado anunció que había determinado entregar la función del mecanismo nacional de prevención al INDH. El Estado reiteró esta afirmación en el Cuarto Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el 3 de febrero de 2011, y ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en marzo de 2012, al señalar que se estaba analizando la manera en que sería implementado.

9 Recomendación 121.126.

10 Observaciones Finales, Comité de Derechos Humanos, 2014, recomendación Nº 17.

11 Sesión 111 de fecha 7 y 8 de julio de 2014.

marco del segundo Examen Periódico Universal, "En diciembre de 2009, Chile informó al Subcomité para la Prevención de la Tortura que las funciones del MNPT se entregarían al recién creado INDH (recomendación 14). Desde diciembre de 2012 dicha institución, junto con el Ministerio de Justicia, trabajan en la reglamentación para su implementación. Esta tarea constituye un desafío pendiente para el fortalecimiento institucional en derechos humanos en el país".

Con posterioridad, en el Foro Regional de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) sobre el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, realizado en la ciudad de Panamá, del 30 de septiembre al 2 de octubre; los representantes del gobierno de Chile informaron que la implementación del MNPT, tomando como base la propuesta del INDH estaba en proceso de discusión al interior del Ministerio de Justicia; convocándose a una reunión en octubre. En dicha reunión se señaló que se elaboraría un documento marco por parte del Ministerio de Justicia sobre el MNPT, las distintas alternativas de implementación y el itinerario del mismo, que se validaría con diversos actores nacionales e internacionales con experticia en la materia, antes de finalizar el año.

REFORMA A LA JUSTICIA MILITAR

El derecho a acceder a un juez o tribunal competente, imparcial e independiente constituye uno de los principios fundamentales del derecho procesal penal que en criterio del Comité de Derechos Humanos no admite excepciones[12]. Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en términos tales que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial…"[13]. A su vez el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos desarrolla este derecho en términos similares al indicar que: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"[14]. De acuerdo con la sentencia de la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile[15], Chile no da garantías adecuadas a este derecho en materia de justicia militar. Fundamentalmente son tres los ámbitos de tensión presentes en nuestra legislación penal militar que han sido objeto de cuestionamientos por el fallo: a) la competencia otorgada a los órganos de la judicatura militar que posibilita el juzgamiento de militares –incluidos Carabineros– por hechos constitutivos de delitos comunes, b) la organización y estructura de los tribunales militares en violación a los principios de independencia e imparcialidad, y c) el procedimiento establecido, eminentemente inquisitivo, secreto y escriturado que contraviene las garantías mínimas del debido proceso[16].

Desde el establecimiento del INDH la estructura procesal y funcionamiento de la justicia castrense ha sido objeto de análisis y preocupación, especialmente por las vulneraciones al derecho a un debido proceso. El INDH ha relevado la necesidad de modificar la justicia militar, y ha recomendado al Poder Ejecutivo y Legislativo desarrollar una reforma de manera de circunscribir la competencia de los juzgados militares al conocimiento de delitos cometidos por personal militar, en recintos militares, en cumplimiento de funciones militares y por delitos militares[17]. Si bien el INDH valora la reforma realizada en el año 2010, que excluyó del ámbito de competencia de los tribunales militares el juzgamiento de civiles y mayores de edad cuando tienen la calidad de imputados, esta es insuficiente a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.

Durante 2014 instancias internacionales han reiterado su preocupación por la ausencia de reformas significativas a la

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 32 –artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia–. Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007. El Comité en esta Observación señala que "El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción".

13 Art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

14 Art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

15 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 22 de noviembre de 2005; Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011.

16 Ibídem. Párr. 142, 143, 144, 155, 162, 174, 179 y 180.

17 Ver Informe Anual 2010, págs. 105 a 112; Informe Anual 2011, págs. 99 a 106;

justicia militar, de tal manera que esta se adecue a los estándares internacionales de derechos humanos. Por una parte el Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado de Chile "…debe modificar las normas penales militares vigentes para excluir del fuero militar los casos de violaciones de derechos humanos. Asimismo, debe prohibirse que los tribunales militares juzguen a civiles"[18]. En el mismo sentido, en el marco del Segundo Examen Periódico Universal (EPU) 2014 se recomendó a Chile "Garantizar que la jurisdicción de los tribunales civiles se aplique también a los casos en que miembros del cuerpo de Carabineros estén acusados de violaciones de los derechos humanos". Además, se hizo un llamado a "Reformar la justicia militar para excluir a los civiles de su jurisdicción y limitarla al conocimiento de delitos de función militar" y "adecuar el sistema de la justicia militar a las normas internacionales para garantizar el derecho a un juicio imparcial". Finalmente exhortó al Estado a profundizar "los esfuerzos tendientes a avanzar en una reforma orgánica y procesal con el objetivo de eliminar la aplicación de la pena de muerte en todas las hipótesis contempladas en el Código de Justicia Militar"[19].

El Estado de Chile mantiene pendiente la adopción de las medidas legislativas adecuadas que permitan dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, y que garantice el derecho a un debido proceso legal y un tratamiento conforme al principio de igualdad. En el presente año no se han adoptado medidas legislativas en la materia, no obstante, el Ministerio de Defensa ha informado al INDH que está abocado a la tarea de impulsar un proyecto de reforma a la justicia militar con el fin de hacer las modificaciones necesarias para que esta se encuentre en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos. La misma contemplaría una nueva orgánica, un nuevo procedimiento y una delimitación del ámbito penal sustantivo. El plazo para el ingreso del o los proyectos de ley está previsto para el primer semestre del año 2015[20].

18 Comité de Derechos Humanos 2014, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, párr. 22.

19 Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos, 26º período de sesiones, A/HRC/26/5. Recomendaciones 121.109 a 121.112.

20 Información proporcionada al INDH por el Ministerio de Defensa, 3 de septiembre de 2014.

No obstante la ausencia de novedades en materia legislativa, el INDH destaca positivamente los avances jurisprudenciales que han mostrado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, puesto que en casos emblemáticos sobre la materia, ambas Cortes han desestimado la aplicación de la justicia militar para el conocimiento de causas por delitos comunes, con víctimas civiles y cometidos por personal uniformado. El presente año, el Tribunal Constitucional, en los casos Enrique Eichin[21] y Marcos Antilef[22], ambos en contra de funcionarios de Carabineros de Chile, acogió los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

21 Tribunal Constitucional, el 6 de mayo de 2014, Rol Nº 2493-13 INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano. Los hechos que motivaron la querella criminal y posterior requerimiento ante el Tribunal Constitucional transcurrieron el día 11 de abril de 2013, en circunstancias de que la víctima se retiraba de las cercanías de la Estación Mapocho, después de haber participado en una marcha convocada por organizaciones de estudiantes y profesores. En dicha oportunidad apareció un piquete de carabineros que se abalanzó contra los manifestantes que se encontraban en calle Bandera, entre las calles Aillavilú y General Mackenna, de la ciudad de Santiago, recibiendo la víctima un impacto de balín de pintura en su ojo derecho, disparado por un efectivo de Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile. Producto del impacto la víctima, de profesión arquitecto, perdió la visión de su ojo derecho. La gestión judicial en la que incide la acción de inaplicabilidad es la investigación penal iniciada por querella criminal por lesiones graves gravísimas, RIT 11463-2013, RUC Nº 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. El 22 de julio de 2013, el Juez de Garantía, ante el requerimiento del Ministerio Público rechazó la solicitud de declinar la competencia a favor de la jurisdicción militar y retuvo la competencia para conocer de los hechos. El Ministerio Público apeló ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 2166-2013. El Tribunal Constitucional decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide el requerimiento.

22 Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2014, Rol Nº 2492-2013, sobre Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por el INDH. La gestión judicial pendiente en que incide esta acción de inaplicabilidad es la apelación por declaración de incompetencia del Juzgado de Garantía de Linares, en investigación RUC Nº 1310013303-7, RIT 1812-2013 por tormentos y apremios ilegítimos, proceso iniciado por querella criminal presentada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos por el delito de apremios ilegítimos y tormentos, establecido en el artículo 150 A del Código Penal. Los hechos que motivaron la querella criminal sucedieron en septiembre de 2012, cuando el carabinero Marco Antilef, perteneciente a la dotación del retén de Palmilla, estando fuera de servicio, conduciendo su vehículo particular bajo los efectos del alcohol cae a una zanja y es detenido por tres carabineros de su misma unidad policial: el Sargento 2º Eduardo Toledo López, el Cabo 2º Cristian Bustos Cornejo y el Carabinero Francisco Lagos Gómez, de quienes recibe insultos y expresiones discriminatorias por su pertenencia mapuche y conducido al retén de Palmilla es fuertemente golpeado con puños y pies por estos tres carabineros, lesiones que le causaron fractura cervical y tetraplejia. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 17 de junio de 2014, declaró inaplicables los preceptos impugnados del Código de Justicia Militar.

del artículo 5º Nº 3[23] del Código de Justicia Militar, en virtud del cual se otorga competencia a la jurisdicción castrense por los delitos cometidos en "actos de servicio" por funcionarios de las FFAA y de Orden, sin importar si el delito es de carácter común o si en él existen intervinientes civiles. La decisión de la Corte Constitucional se fundamentó sobre la base que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense"[24], y por lo tanto de acuerdo con los antecedentes de ambos casos, en relación con la preferencia de la justicia militar por sobre la justicia ordinaria para el conocimiento de esos asuntos no cabrá duda de "que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, Nº 3º, de la Constitución Política de la República"[25]. De esta manera, y dentro del ámbito de su competencia, el Tribunal Constitucional en ambos fallos "entiende contribuir al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar"[26]. En la sentencia que acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso de Marcos Antilef, el Tribunal realiza una reflexión adicional al señalar que los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios de Carabineros en el contexto de labores policiales, no pueden ni deben ser considerados como parte del ejercicio de sus funciones, expresándolo de la siguiente manera "las lesiones sufridas por la víctima no pueden calificarse como actuaciones que formen parte de un acto de servicio, ni que su comisión amerite la posible aplicación de un tipo penal que resguarde bienes jurídicos especiales y de carácter militar", y por lo mismo, "no existe una justificación constitucionalmente admisible para que a una persona, civil o militar, se le impida ejercer derechos como víctima de un delito común, y se le prive de un proceso racional y justo"[27].

Por su parte, la Corte Suprema se pronunció en dos oportunidades sobre la falta de idoneidad de la jurisdicción castrense para conocer y fallar causas que involucran a funcionarios policiales en hipótesis de comisión de delitos comunes. En el primer caso[28] debió resolver una contienda de competencia surgida entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el Juzgado de Garantía de Rancagua, puesto que ambos tribunales reclamaron el conocimiento del caso[29]. En fallo unánime, la Segunda Sala de la Corte Suprema[30] resolvió que el tribunal competente para conocerlo era el Juzgado de Garantía de Rancagua. La decisión del máximo tribunal descansó sobre la idea de que la regla que sustrae a todo evento de la competencia de los tribunales militares a los civiles y menores de edad (artículo 1º Ley 20.477[31]), pensada originalmente solo para imputados, también debía ser aplicadas a las víctimas civiles, ya que de lo contrario se les estaría privando de todas las garantías procesales contempladas en la justicia ordinaria, ausentes en la judicatura castrense. De la misma manera –razonó

23 Art. 5º Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:
3º De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;

24 Tribunal Constitucional, el 6 de mayo de 2014, Rol Nº 2493-13 INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano. Considerando octavo.

25 Ibídem. Considerando noveno.

26 Ibídem. Considerando décimo segundo.

27 Tribunal Constitucional, el 17 de junio de 2014, Rol Nº 2492-2013, sobre Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por el INDH.

28 Corte Suprema, Sentencia de 12 de agosto de 2014, Rol Nº 12.908-14.

29 El caso aborda la muerte de Jorge Aravena Navarrete acaecida el día 17 de febrero de 2014, quien tras ser detenido por Carabineros fue esposado y obligado a subir a un furgón policial, permaneciendo al menos unas ocho horas en su interior en condiciones de falta de ventilación e inadecuado acceso a oxígeno, lo cual provocó su muerte. La víctima fue encontrada por funcionarios de carabineros fallecida alrededor de las 23:00 horas a pesar de que a las 15:00 horas el fiscal de turno había ordenado su libertad.

30 Integrada por los ministros Milton Juica, Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito y Lamberto Cisternas.

31 Artículo 1º.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.

el fallo de la Corte– llevar a la víctima a la justicia militar, implicaría privarla ilegítimamente de la protección constitucional que el Ministerio Público está obligado a dar a las víctimas durante el proceso penal. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria al ser mayores sus posibilidades de acción, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto de garantías consagrado en el párrafo 4 del título IV del Libro I del Código Procesal Penal"[32].

La Corte Suprema, en el fallo referido, relevó además como una cuestión fundamental el principio de que no se puede entender que está dentro de la esfera de las atribuciones de los funcionarios policiales la posibilidad de cometer delitos, es decir, que cuando un policía comete un delito, siempre deberá entenderse que actuó por fuera de las atribuciones reconocidas por la ley. Sostuvo el fallo que en el caso de la muerte por asfixia de Jorge Aravena Navarrete no podría considerarse que por el solo hecho de haber intervenido funcionarios policiales, convierte a la vida humana independiente en un objeto de protección militar. Cuando una persona muere por la acción de otro/a solo puede ser considerado como un delito común, de conocimiento de los tribunales civiles[33]. La importancia del fallo comentado es que la Corte Suprema otorgó una nueva interpretación a la Ley 20.477, que modificó el Código de Justicia Militar el año 2010, en la medida en que determina que la justicia militar no puede conocer de causas por delitos ordinarios en las que intervengan tanto imputados como víctimas civiles, debido a que el procedimiento castrense no ofrece las garantías mínimas del debido proceso, es decir, un juez natural, un procedimiento imparcial, oral, público y contradictorio, ni las demás garantías procesales para los intervinientes[34].

32 Corte Suprema, Sentencia de 12 de agosto de 2014, Rol Nº 12.908-14, considerando quinto.

33 Ibídem, considerando séptimo.

34 El INDH ha manifestado la necesidad de adecuar los procedimientos de la justicia militar al debido proceso, toda vez que mantiene vigentes hipótesis de delitos que no son propiamente militares, cuando el victimario o imputado sea un militar (incluidos Carabineros de Chile) y la víctima del mismo sea un civil. Ver Informe Anual 2011, págs. 101 a 106.

Después de que el Tribunal Constitucional acogiera la inaplicabilidad del Caso de Marcos Antilef[35], se reactivó la gestión pendiente ante la Corte Suprema[36]. Al respecto, el máximo tribunal resolvió[37] que el Juzgado de Garantía debía conocer del asunto y no la fiscalía militar, fundamentando su decisión en los argumentos desarrollados por el Tribunal Constitucional[38], reiterando que la víctima tiene mayores garantías en sede penal ordinaria que en sede militar.

REFORMA A LA LEY 18.314 QUE DETERMINA CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD (LEY ANTITERRORISTA)

En relación con la aplicación de la Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, el INDH ha planteado en diversas oportunidades la necesidad de realizar modificaciones[39], en particular fijando de manera clara

35 Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2014, Rol Nº 2492-2013, sobre Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por el INDH.

36 Recurso de Queja interpuesto por el INDH en contra de los integrantes de la Corte de Apelaciones de Talca en razón de las faltas o abusos graves cometidos al dictar la sentencia de doce de julio de dos mil trece por la cual confirmaron la decisión de la Jueza del Tribunal de Garantía de Linares, dictada en la causa Rit Nº 1812-2013, por el delito de torturas, en cuya virtud estimó que la competencia para conocer del asunto radicaba en la jurisdicción militar.

37 Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, Rol Nº 4639-13.

38 Considerando 4º Que esta Corte también comparte el criterio que no puede considerarse que la sola circunstancia de encontrarse carabineros en servicio activo o en un recinto policial permita asumir que los delitos que cometan en esas circunstancias se efectuaron con ocasión del servicio militar, ya que ello implica trasladar impropiamente a la judicatura especial un hecho común apartado totalmente de las funciones que atañen al aludido servicio militar, y que, por ello, son de conocimiento de la justicia ordinaria.
Considerando 5º Que es acertado sostener que a la víctima de estos ilícitos se le reconoce un mayor número de prerrogativas dentro del procedimiento seguido ante la judicatura ordinaria, principalmente la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental por la Ley Nº 20.516. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto consagrado en el párrafo 4 del Título IV del Libro I del Código Procesal Penal.

39 En el Informe Anual 2010, tras señalar serias deficiencias sustantivas y procesales incompatibles con un Estado de Derecho democrático, se recomendaba hacerla plenamente compatible con las normas que garantizan el derecho al debido proceso. En el Informe Anual 2011 se incluye un sintético pero profundo análisis normativo donde se destacan los siguientes problemas, que llevan a concluir que pese a las modificaciones legales efectuadas persisten algunas incompatibilidades entre la ley y la garantía de respeto del principio de legalidad y el derecho a contar con un debido proceso.

lo que constituye terrorismo y mejorando las garantías del debido proceso (INDH, 2014b).

En tanto, el Comité de Derechos Humanos exhortó al Estado de Chile a "reformar la Ley Antiterrorista y adoptar una definición clara y precisa de los delitos de terrorismo para asegurar que las actividades que realizan los agentes del orden en el marco de la lucha contra el terrorismo no estén dirigidas a determinadas personas por su origen étnico o cualquier motivo social o cultural. Asimismo, debe asegurar que las garantías procesales, contenidas en el artículo 14 del Pacto, sean respetadas. El Comité insta al Estado parte a abstenerse de aplicar la Ley Antiterrorista en contra de los Mapuches (sic)"[40]. Al respecto, cabe señalar que en el caso Norín Catriman y otros vs. Chile, la Corte IDH determinó que la mayor aplicación a miembros del pueblo mapuche de esa ley penal que tipifica conductas terroristas, por sí misma, no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación selectiva de carácter discriminatorio[41]. Por su parte, en el marco del Segundo Examen Periódico Universal (EPU) 2014 se recomendó al Estado de Chile "Seguir adaptando la legislación antiterrorista a las normas internacionales, en particular con respecto a la definición de los delitos de terrorismo y el derecho a un juicio imparcial" y "Adoptar medidas, aplicando los procedimientos adecuados, para que la Ley Antiterrorista no menoscabe los derechos de los pueblos indígenas…"[42].

En el marco del sistema interamericano, el 29 de julio de 2014, la Corte IDH publicó la sentencia del Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile[43], en el que se determinó la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas del caso, por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la Ley Antiterrorista (modificado en 2010), que contenía una presunción de finalidad o intención terrorista de los/as hechores/as la que se desprendía a partir de distintas hipótesis que contemplaba la ley. La Corte IDH sostuvo que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley. El Tribunal concluyó, entre otros[44], que Chile violó el derecho de la defensa de interrogar testigos en los procesos penales contra Pascual Huentequeo Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, además se vulneró el derecho de recurrir los fallos penales condenatorios de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Roxana Troncoso Robles. En cuanto al derecho a la libertad personal, la Corte consideró que las decisiones de adopción y mantenimiento de las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las ocho víctimas del caso no se ajustaron a los requisitos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el programa de gobierno actual figura el compromiso de no aplicar la ley antiterrorista a miembros de pueblos indígenas por actos de demanda social, y a estudiar la normativa con el fin de hacer las modificaciones correspondientes "para adecuarla a los estándares internacionales, tal como le han recomendado al Estado de Chile los órganos internacionales de protección de derechos humanos"[45]. Con el propósito de hacer una evaluación técnica de la ley, que data de 1984, el Gobierno constituyó a fines de mayo

40 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, 2014, sexto informe periódico de Chile, párr. 7.

41 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas). Párr. 219.

42 Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos, 26º período de sesiones, A/HRC/26/5. Recomendación 121.22; y 121.167, en igual sentido ver las recomendaciones 121.68 y 121.69.

43 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas).

44 El Tribunal también determinó que Chile incurrió en violaciones al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y a los derechos políticos, debido a que, en las circunstancias del presente caso, las penas accesorias que restringían esos derechos fueron impuestas de forma contraria al principio de proporcionalidad de las penas y constituyeron una grave afectación de esos derechos. Dicha afectación fue particularmente grave en el caso de los señores Ancalaf Llaupe, Norín Catrimán y Pichún Paillalao, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades. Asimismo, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la protección a la familia en perjuicio del señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe al haberlo recluido en un centro penitenciario muy alejado del domicilio de su familia y al denegarle en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de que se le trasladara a un centro penitenciario más cercano. Por último, el Tribunal ordenó un conjunto de medidas de reparación.

45 http://michellebachelet.cl/programa/, pág. 174.

del presente año, una comisión de expertos[46], la que tuvo como objetivo elaborar un informe con recomendaciones específicas para modificar la normativa vigente[47]. El aporte del INDH a la discusión sobre una reforma integral a la Ley 18.314 se construyó, por una parte, desde los estándares de derechos humanos que resultan aplicables y, por otra, desde la observación directa y seguimiento que se ha realizado de los juicios en que se ha invocado la Ley Antiterrorista desde la creación del INDH[48], además de la información recopilada sobre los otros casos en que se ha intentado aplicar dicha normativa. En su exposición, el Instituto revisó el marco normativo internacional que mandata a perseguir el terrorismo y algunos problemas de su regulación a nivel constitucional. También se refirió a los principales problemas que plantea el tipo penal consagrado en la Ley y se refirió a un conjunto de problemas procesales que se verifican en su aplicación (INDH, 2014b).

El INDH planteó que la definición de delito terrorista no satisface las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad, y en definitiva, en todos los casos observados la calificación finalmente se inclinó por las del Derecho Penal común. En este punto la LAT vulnera los estándares contenidos en los artículos 9 de la CADH y 15 del PIDCP, además del artículo 19 Nº 3 de la CPR. En cuanto al uso de testigos protegidos y delatores compensados, estas figuras han sido claves en la aplicación de la LAT en La Araucanía, generando diversas y graves irregularidades en los procesos respectivos. Si bien la protección de la identidad de los testigos es admitida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[49], es deber de los órganos del Estado velar por que esa herramienta se concilie con el derecho a la defensa y el ejercicio de la jurisdicción de garantía.

Asimismo, el Instituto ha podido constatar el fenómeno del uso indirecto de la LAT, ya sea en relación con juicios de adolescentes –que han sido legalmente excluidos de la aplicación de dicha ley– y también tratando de usar en juicios por delitos comunes pruebas obtenidas en el marco de la LAT (INDH, 2014b:12). Dicha tendencia atenta contra el carácter excepcionalísimo de la respuesta penal frente al terrorismo y en el caso de los adolescentes vulnera también la normativa nacional e internacional sobre protección de la infancia y la adolescencia. Respecto de los plazos iniciales de detención, en la práctica queda demostrado que basta al efecto con los mecanismos normales contemplados en el CPP, por lo que el plazo de 10 días contenido en la LAT además de excesivo se presenta como innecesario, representando un riesgo de extensión injustificada de detenciones en abierta vulneración de lo dispuesto en los artículos 7.5 de la CADH y 9.3 del PIDCP.

46 La comisión es presidida por el abogado Juan Pablo Hermosilla y está conformada por la abogada María Inés Horvitz, los abogados Javier Couso, Juan Pablo Mañalich, Héctor Hernández, Enrique Aldunate, Juan Pablo Cox e Ignacio Núñez.

47 Al 31 de octubre de 2014, fecha de cierre del presente informe, el Gobierno aún no había presentado ante el Congreso Nacional el proyecto de ley que modificaría la legislación antiterrorista vigente. El 21 de octubre fue ingresado el proyecto de ley, iniciado en moción de los senadores Espina, Allamand, Chahuán, García y Prokurica, que sustituye el texto de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, a fin de dar mayor protección a la ciudadanía y fortalecer la paz social.

48 El INDH ha efectuado observación directa en los siguientes juicios: "Caso Bombas" (Causa RIT 138-2011; RUC 0700277303-6 del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago); Causa "Carla Verdugo e Iván Silva" (RIT 182-2013; RUC 1200393089-9 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago); Caso "Víctor Hugo Montoya" (RIT 24-2014 del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, RUC 1300145684-3); Caso "Peaje Quino" (Causa RUC 0900969218-2; RIT 58-2012 (adultos) y 91-2013 (adolecentes) del Tribunal Oral en lo Penal de Angol); Caso "Fundo Brasil" (Causa RUC 0910021481-1; RIT 195-2014 (adultos) y 188-2014 (adolescente) del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso "Fundos San Leandro y Tres Luces". (Causa RUC 0900033605-7; RIT 25-22014 (San Leandro) y RIT 23-2014 (Tres Luces), del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso "Tur Bus" (Causa RUC 0900697670-8; RIT 099-2013 del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso "Celestino Córdova" (RUC 1300014341-8, RIT 220-2013 del TOP de Temuco). Además, se ha realizado seguimiento a otros casos como el de "Hans Niemeyer" (RIT 45-2013 del 7º TOP de Santiago) y "Luciano Pitronello" (RIT 150-2012 del 4º TOP de Santiago) en la Región Metropolitana, se han recopilado las sentencias dictadas y se ha solicitado permanentemente información actualizada sobre estos temas al Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio del Interior.

49 Respecto de la utilización de testigos protegidos, en el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, la Corte IDH determinó que "Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculpado han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica…" Párr. 247. Y la Corte concluye que "para determinar la condena se otorgó valor decisivo a la declaración de un testigo de identidad reservada, lo que constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pascual Huentequeo Pichún Paillalao". Párr. 252.

En relación con la extensión del secreto de piezas de investigación hasta por seis meses (en comparación a los 40 días como máximo autorizado por el CPP) es uno de los mayores problemas observados en la aplicación de la LAT. En muchos casos las prisiones preventivas originalmente decretadas se basaron principalmente en dichas piezas y fueron sustituidas por medidas menos intensas apenas las defensas accedieron a las mismas. Además de contravenir el principio de igualdad de armas, se afecta directamente los estándares del artículo 8.2 de la CADH y el 14.3 del PIDCP.

En directa relación con los otros problemas detectados, existe en la aplicación práctica de la LAT la tendencia al uso extensivo de prisiones preventivas que en definitiva sobre la base de criterios como el de proporcionalidad no se justificaban (toda vez que los delitos en definitiva no fueron calificados como terroristas y/o fue desestimada la prueba de cargo para acreditar la participación). Dicha tendencia contraviene toda la regulación internacional y nacional sobre el uso restrictivo de la privación de libertad en todas sus formas. El actual Gobierno había anunciado que no invocaría la normativa mientras no se modernizara[50]; sin embargo, las detonaciones ocurridas en el metro de Santiago cambiaron la situación. La primera de ellas aconteció el domingo 13 de julio cuando una bomba explotó cerca de la medianoche en un carro del Metro que se encontraba en la estación "Los Dominicos", sin dejar heridos, pero sí daños materiales. En dicha oportunidad, en un principio no se invocó la Ley Antiterrorista, interponiéndose una querella por porte y colocación de artefacto explosivo; si bien finalmente, la normativa fue invocada[51]. El hecho decisivo para la modificación de la postura del Ejecutivo sucedió el 8 de septiembre, cuando una bomba detonó al interior de uno de los basureros ubicados en la galería comercial en la estación de metro "Escuela Militar", dejando catorce personas lesionadas de diversa gravedad. El Gobierno, frente a la peligrosidad y particularidad de los hechos –por primera vez se detonaba un artefacto explosivo durante el día, en un lugar concurrido–, decidió aplicar la Ley Antiterrorista a los presuntos responsables.

50 http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/07/658995/gobierno-por-ultimo-atentado-incendiario-en-la-araucania.html

51 http://www.lanacion.cl/noticias/pais/ley-antiterrorista-por-bomba-en-metro-penailillo-cree-intencion-de-danar-a-inocentes/2014-07-15/145511.html

El INDH condenó lo sucedido y afirmó que "merece el unánime repudio de nuestra sociedad. Nada, ninguna causa, ningún objetivo justifica la utilización de medios que ponen en riesgo la vida e integridad física de personas inocentes. Este cobarde atentado no tiene espacio ni sentido en una sociedad democrática que aborda sus límites e imperfecciones por medios pacíficos y políticos". Además formuló un llamado a las autoridades para que emplearan todos los recursos necesarios con el propósito de esclarecer lo sucedido y la identidad de los autores, destacando que en el proceso debían utilizarse los medios propios de un Estado democrático de derecho[52]. En la madrugada del 18 de septiembre, por medio de un operativo, se logró la identificación y la detención de tres presuntos responsables por la colocación del aparato explosivo en la estación de metro "Escuela Militar", lo que daría cuenta de cómo la institucionalidad, las atribuciones y los recursos asignados a las policías y el Ministerio Público serían suficientes para enfrentar casos de criminalidad grave como esta. Los tres presuntos responsables fueron formalizados invocándose la Ley Antiterrorista. En el transcurso del año, el INDH ha insistido en la necesidad de revisar la actual normativa en materia antiterrorista a los fines de corregirla y ajustarla al debido proceso, y en este marco resulta necesario realizar un reproche al gobierno por haberla invocado, en circunstancias en que se había comprometido a no hacerlo en la medida que esta no cumpliera con los estándares de derechos humanos.

Tras lo ocurrido en la estación de metro "Escuela Militar" la discusión sobre la normativa antiterrorista cambió de enfoque desde la necesidad de adecuar la ley a los estándares internacionales de derechos humanos, a sostener la necesidad de dotar de amplias facultades a las policías, al Ministerio Público y a los servicios de inteligencia para emprender una lucha eficaz contra hechos terroristas en Chile. Entre las medidas que se están barajando a la fecha de elaboración de este informe se encuentran: la creación de una unidad especializada de delitos de alta complejidad del

52 Declaración Pública del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos por atentado en Metro de Santiago, http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-instituto-nacional-de-derechos-humanos-por-atentado-en-metro-de-santiago

Ministerio Público[53]; mayores recursos y atribuciones para las policías y el órgano persecutor y la posibilidad de permitir la actuación de agentes encubiertos en el Servicio Nacional de Inteligencia (ANI)[54]. Respecto del último punto, llama la atención la ausencia de discusión con la que se ha abordado el tema de las técnicas de investigación encubiertas, ya que su existencia puede presentar peligros en el ámbito del pleno respeto de los derechos humanos, y por tanto, la forma que pudiera adoptar y las condiciones para su operación son cuestiones relevantes desde este punto de vista; y con mayor razón se podría replicar esta preocupación a la utilización de estas técnicas por parte de los servicios de inteligencia, fuera de cualquier límite. Más allá de la existencia o no de las actuaciones encubiertas de agentes de las policías, y las facultades que estas pudiesen generar, frente a la realidad de su existencia[55] lo fundamental es consagrar límites tanto jurisdiccionales como políticos que regulen la actividad policial en estos contextos y la supediten a una supervisión y control político[56].

El giro en la postura oficial para dar tratamiento a casos categorizados como actos terroristas, se refleja también en el caso de Víctor Montoya[57], en el cual al poco tiempo de haberse dictado la sentencia absolutoria de primera instancia desestimando el carácter terrorista y descartando su participación en los hechos consignados en el proceso, la Corte de Apelaciones de San Miguel anuló la sentencia ordenando que se vuelva a repetir el juicio. En el primer proceso Víctor Montoya estuvo 17 meses en prisión preventiva.

Otro evento grave asociado a la colocación de artefactos explosivos durante el año 2014 tiene lugar con la muerte de Sergio Landskron, en el barrio Yungay, la madrugada del 25 de septiembre, quien falleció a consecuencia de la explosión de una bomba artesanal puesta en el interior de una mochila. En el marco de la investigación desarrollada por el Ministerio Público, Carabineros y la Policía de Investigaciones se determinó que el joven no tuvo participación en la colocación del artefacto explosivo que le quitó la vida. De acuerdo con las pericias realizadas a las cámaras de seguridad y los antecedentes recabados a la fecha, este transportó la bomba durante 12 minutos, y habría caminado cerca de cinco cuadras con este dispositivo, por la calle Erasmo Escala, de oriente a poniente. La investigación revela que el objetivo de la bomba habría sido la sede de una asociación de gendarmes ubicada en las inmediaciones. En virtud de los antecedentes expuestos, el Ministerio del Interior interpuso una querella ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago invocando la Ley Antiterrorista contra quienes resulten responsables por la muerte de Sergio Landskron[58].

El último evento asociado a un artefacto explosivo ocurrió la madrugada del 29 de octubre cuando una bomba detonó en el frontis de un cuartel de Carabineros en Temuco y dejó un forado de 50 centímetros en un muro del recinto policial. Ante lo sucedido el Gobierno invocó la Ley antiterrorista contra los responsables de la instalación del aparato afirmando que "Tenemos una matriz de decisión, para cada caso donde haya artefactos explosivos en cuestión y en este caso la matriz que hemos usado aplica para que invoquemos la Ley Antiterrorista"[59]. El INDH reitera su preocupación por la invocación de la normativa antiterrorista, ya que esta no se conforma con los estándares de derechos humanos, y especialmente este último caso, da cuenta de la inconsistencia de la decisión gubernamental toda vez que

53 Proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial, que crea el cargo de Fiscal Especial de Alta Complejidad en el Ministerio Público. Boletín 9608-07.

54 http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/09/674-595830-9-penailillo-confirma-que-proyecto-de-reforma-a-la-ani-incluira-agentes.shtml

55 Chile en distintos tratados internacionales se obliga a incorporar técnicas de investigación encubiertas, como en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Art. 20) y sus protocolos.

56 Como ejemplo de un propuesta para un efectivo control político del actuar policial destaca el proyecto de ley que aumenta las plantas de personal de Carabineros de Chile; modifica la ley Nº 20.502, que crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y la ley Nº 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, Boletín Nº 9336-25. El proyecto propone, entre otras aspectos, modificaciones la Art. 3 de la ley Nº 20.502 aumentando las facultades al Ministerio del Interior y Seguridad Pública con el fin de otorgar herramientas para la fiscalización y control de las actuaciones de las fuerzas de seguridad y orden.

57 Joven de 23 años acusado de colocar una bomba en un retén de Carabineros de Las Vizcachas en febrero de 2013. A solicitud de la familia Montoya Encina el INDH ha desarrollado desde julio del 2013 una misión de observación en la causa contra Víctor Hugo Montoya Encina, RIT 1934-2013 ante el Juzgado de Garantía de Puente Alto y RIT 24-2014 del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto.

58 http://subinterior.gob.cl/noticias/2014/10/24/gobierno-invoca-ley-antiterrorista-por-muerte-de-sergio-landskron/

59 http://www.lanacion.cl/noticias/regiones/la-araucania/gobierno-invoca-ley-antiterrorista-por-bombazo-en-labocar-de-temuco/2014-10-29/132632.html y

había afirmado que no se invocaría la normativa en el marco del "conflicto en La Araucanía", criterio que fue modificado en el transcurso del año[60].

Es importante que en la investigación y sanción de la criminalidad grave, especialmente en aquella que pueda estar vinculada con actos de carácter terrorista, el Estado cuente con procedimientos, facultades y recursos que permitan una persecución eficaz de dichos crímenes. No obstante, tan importante como eso es que dichos procedimientos y facultades estén en consonancia con los derechos y garantías propias de un Estado de derecho. Solo es posible garantizar el orden y la seguridad de los/as ciudadanos/as en la medida que el actuar del Estado observe las reglas de un Estado de Derecho[61].

PROTOCOLOS DE CARABINEROS PARA EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO

Durante agosto de 2014, en el marco de la Mesa de Movilizaciones Sociales convocada por la Intendencia de la Región Metropolitana, Carabineros de Chile hizo públicos sus Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público[62]. Con anterioridad, el Instituto, en su informe del Programa de Derechos Humanos y Función Policial 2013, había señalado que la publicidad de dichos Protocolos constituye un aspecto fundamental para permitir el ejercicio de las atribuciones que la Ley 20.405 encomienda al INDH, en orden a examinar todos los actos de los órganos del Estado que digan relación con materias de su competencia, instando a Carabineros a hacer públicos los Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público[63] (INDH, 2014: 101). La publicación de estos protocolos contribuye a la profundización democrática por medio de las instituciones públicas, en tanto permiten conocer la normativa interna de Carabineros en estas materias y realizar ejercicios de control social e institucional.

Según lo informado por la Dirección General de Carabineros, los protocolos están inspirados en los principios establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos relativos a la función policial en el contexto de las manifestaciones públicas, consistentes en el respeto por la dignidad de las personas; el uso de la fuerza sujeta a las máximas de legalidad, necesidad y proporcionalidad; el trato humano y justo a las personas privadas de libertad de acuerdo con su edad y sexo, y la responsabilidad profesional de los jefes operativos.

Su contenido se condensa en treinta protocolos que describen distintos modos de intervención aplicables a procedimientos policiales relacionados con el mantenimiento del orden público durante las manifestaciones. De manera específica se aborda el resguardo del derecho de manifestación, el restablecimiento del orden público, los procedimientos de desalojos, los procedimientos con infractores de ley, el trabajo con el INDH, así como con personas y organizaciones de la sociedad civil y con representantes de medios de comunicación.

En los Protocolos se establecen los supuestos básicos para el empleo de la fuerza y de armas de fuego. En primer lugar, se consagra el deber de limitar el empleo de los medios coercitivos al mínimo necesario. En segundo lugar, se establece que los supuestos básicos para el empleo de la fuerza en el mantenimiento del orden público son (1) el principio de legalidad dentro del cual se establece que el uso de la fuerza debe efectuarse en el cumplimiento del deber y empleando métodos (procedimientos) y medios (disuasivos

60 http://subinterior.gob.cl/noticias/2014/08/13/subsecretario-aleuy-expone-a-diputados-criterios-para-invocar-la-ley-antiterrorista-por-colocacion-de-artefactos-explosivos/

61 En el mismo sentido, le preocupa al INDH que la utilización de la Ley de Seguridad del Estado pudiera derivar en los mismos problemas que afectan a la Ley sobre conductas terroristas. Ver Declaración Pública del Consejo del INDH sobre los recientes hechos de violencia en La Araucanía, 8 de octubre de 2014. Disponible en www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-indh-sobre-los-recientes-hechos-de-violencia-en-la-araucania#sthash.F3B3STkM.dpuf

62 El INDH, en virtud de la decisión de Carabineros de hacer públicos estos protocolos, los puso a disposición en el siguiente link: http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/08/PROTOCOLO-PARA-EL-MANTENIMIENTO-DEL-ORDEN-PUBLICO.pdf

63 Durante el primer trimestre del año 2013, el INDH tomó conocimiento de la existencia de un nuevo Manual de Operaciones de Carabineros, que habría unificado varios protocolos existentes en la institución destinados a regular el control del orden público. El INDH solicitó por oficio copia de los protocolos, solicitud que fue rechazada. La negativa de Carabineros se fundó en que el referido documento tenía el carácter de secreto, atendido que su divulgación afectaría el debido cumplimiento de las funciones que la propia Constitución asigna a Carabineros de Chile, y por contener planes de operación y de servicio de dicha institución, cuyo conocimiento puede afectar la mantención del orden público o la seguridad pública.

o defensivos) que hayan sido previamente autorizados por Carabineros; (2) el principio de necesidad dentro del cual el empleo de la fuerza es el último recurso frente a la resistencia o amenaza y (3) el principio de proporcionalidad entendido como el equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre un/a Carabinero/a y la intensidad de fuerza que se aplica para lograr que la persona se someta al control policial. Resulta valorable la incorporación de estándares de derechos humanos en los diversos protocolos y la regulación del uso diferenciado y gradual de la fuerza con distintos niveles de reacción que el personal de Carabineros debe emplear.

Dos protocolos merecen una especial mención. En primer lugar, el Protocolo 4.5 sobre Registro de Personas Privadas de Libertad, que regula cómo debe procederse en casos de registro de vestimentas a personas detenidas. Es valorable que se incorporen las obligaciones generales como el trato humano y justo y que se adopte una posición de garante atendido el estado de indefensión del detenido/a sujeta al registro. Además, se incorporan prohibiciones expresas sobre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que se encuentra en armonía con los estándares internacionales en la materia.

En segundo lugar, el protocolo 4.2 contiene una serie de instrucciones específicas para el desarrollo de procedimientos policiales que puedan afectar a niños, niñas y adolescentes indígenas. Al respecto se establece que debe considerarse (i) que en las comunidades indígenas los niños/as están presentes junto a las personas adultas en todas las actividades; (ii) en caso que utilicen otro idioma, se deberá priorizar su lenguaje para entregar información sobre derechos y deberes; (iii) en caso de cumplimiento de órdenes judiciales que impliquen el uso de la fuerza, se priorizará la asistencia de un facilitador cultural; (iv) que se deberá afectar en la menor medida posible los derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas y, por último, (v) que en las declaraciones de niños, niñas y adolescentes indígenas se deberá considerar los códigos culturales indígenas. Este protocolo es especialmente relevante porque recoge la jurisprudencia desarrollada en los últimos años por los Tribunales de Justicia respecto de la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche en los procedimientos policiales. Se trata, además, de un protocolo utilizado por la Corte de Apelaciones de Temuco en un Recurso de Amparo presentado por el INDH en que se acoge la acción constitucional afirmándose que Carabineros "no dio cumplimiento al protocolo existente para tal efecto"[64]. En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió un recurso de amparo interpuesto por el INDH en favor de un niño y una niña mapuche, de 12 y 10 años, de la comunidad mapuche-huilliche Marriao Collihuinca[65]

64 Corte de Apelaciones de Temuco Rol Nº 569-2014, 26 de agosto de 2014, confirmado por la Corte Suprema Rol Nº 23832-2014, 10 de septiembre de 2014. Considerando QUINTO: Que el personal de Carabineros de Chile es una institución entrenada profesionalmente para controlar multitudes que alteren el orden público de cualquier forma, para lo cual tiene la facultad de utilizar diversos medios disuasivos, de los cuales se debe servir en forma racional y proporcional a la situación que en cada caso se vean expuesto a controlar, y cumpliendo los protocolos respectivos que han sido dictados por la institución. En este caso, el medio disuasivo utilizado contra los atacantes desconocidos que agredieron al personal policial fue el uso de gases químicos, sin considerar que en las cercanías del lugar existía un establecimiento educacional, claramente identificable, y que atendido el día y hora de los hechos, jueves 22 de mayo en horas de la mañana, era posible prever que en su interior se encontraban menores de edad. Considerando SEXTO: Que en la utilización de disuasivos químicos con el objeto de restablecer el orden público el día 22 de mayo de 2014 Carabineros no dio cumplimiento al protocolo existente para tal efecto, el cual rola a fojas 80 de autos. De la lectura del mismo es posible concluir que el personal policial, antes de utilizar los disuasivos químicos, tenía como obligación, entre otras que se señalan, la de verificar las condiciones del viento, realizar advertencias a los infractores con el fin de dar a conocer a todo el entorno acerca de la situación mediante el uso de altavoces, y finalmente, respetar restricciones frente al entorno, señalándose expresamente como ejemplo a hospitales, colegios, jardines infantiles, etc.

65 El 1 de octubre del presente año en el contexto de un proceso reivindicatorio, algunos miembros de la comunidad mapuche-huilliche Marriao Collihuinca, procedieron a realizar una ocupación pacífica en un sector que actualmente corresponde al Fundo Lumaco Bajo, de propiedad del Sr. Edmundo Cortés Kirch, propiedad que colinda con los terrenos en el cual se encuentra la referida comunidad. La ocupación fue repelida por un importante contingente de carabineros. El procedimiento era grabado por los dos menores de edad por quienes se recurrió, con una Tablet y un teléfono celular, al poco rato Carabineros ingresó a la comunidad indígena dirigiéndose directamente a los menores, de forma violenta, gritándoles y amenazándolos, los obligaron a tirarse al suelo y a hacer entrega de los artefactos con los cuales registraban el procedimiento policial, especies que no han aparecido a la fecha. La menor fue apuntada con el arma de servicio de uno de los funcionarios policiales. Los niños fueron esposados con sus manos en la espalda, obligados a caminar varios cientos de metros hasta el furgón policial al que fueron subidos y trasladados hasta la Comisaría de Río Bueno, lugar donde fueron entregados a sus padres aproximadamente a las 23:00 horas.

y en su fundamentación resalta el incumplimiento de dos protocolos de Carabineros[66].

La elaboración de protocolos por parte de Carabineros para el mantenimiento del orden público constituye una oportunidad por medio de la cual armonizar el ejercicio de la función policial con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas en contexto de manifestaciones públicas. Para seguir avanzando en esa dirección es necesario, en primer lugar, que los protocolos se cumplan cabalmente en la práctica y, en segundo lugar, que estos se sigan perfeccionando en ciertos aspectos donde se muestran insuficiencias. A modo de ejemplo, el INDH destaca el protocolo que ordena poner en libertad a los/as mayores de 14 años que han sido detenidos e imputados por un delito sin necesidad de un adulto responsable[67], en virtud del principio de autonomía progresiva. Observadores/as del INDH, en el contexto de detenciones de niños, niñas y/o adolescentes han podido detectar que pese a la claridad del protocolo mencionado, Carabineros de Chile sigue exigiendo la presencia de un adulto responsable como condición para liberar a los/as menores de edad detenidos/as. Otro ejemplo, que evidencia la necesidad de seguir perfeccionando los protocolos lo constituye el protocolo 2.7 relativo al trabajo del vehículo lanzaagua y el empleo de disuasivos químicos. Si bien el protocolo determina el modo y la oportunidad para su utilización, no existe referencia alguna respecto de la composición del agua ni del gas que será empleado, de manera de asegurar que no se afecte la salud de los manifestantes ni de la población, o para el caso, del propio personal de carabineros.

El INDH destaca la importancia de la elaboración y aplicación de estos Protocolos a la función policial, y en este sentido, reconoce la preocupación que ha manifestado la Dirección General de Carabineros por incorporar el respeto al derecho a la manifestación en las medidas de control del orden público, a la luz de las normas de derechos humanos. Es un avance que necesariamente debe ser complementado con el apego irrestricto a sus disposiciones por parte del personal policial, por lo cual el INDH continuará desarrollando los procesos de observación de manifestaciones públicas para verificar su cumplimiento efectivo.

66 Corte de Apelaciones de Valdivia Rol Nº 203-2014, 22 de octubre de 2014. Considerando SEXTO: Que, no puede desatenderse que en su actuar Carabineros estaba obligado a cumplir el protocolo diseñado por la propia institución, lo que no se hizo a cabalidad, es así como no se acreditó que personal femenino estuviera a cargo de la detención de los menores, tal como se indica en el apartado "Desalojo frente a ocupación o usurpación de inmueble" –fojas 153– presencia que tampoco se advierte en las fotografías acompañadas por la recurrida. Tampoco se dio cumplimiento a lo destacado en el apartado "Detención de manifestantes menores de edad (niños niñas y adolescentes) específicamente en lo referente a niños indígenas –fojas 158– que por una parte los obliga a "considerar que en las comunidades indígenas los niños están presente junto a los adultos en todas las actividades" y por otra a priorizar la asistencia de un experto en cosmovisión indígena, cuando resulte necesario el uso de la fuerza. Esto último, ubica a los agentes del Estado en la obligación de apegar sus conductas a una situación de especial consideración, no solo por la menor edad del sujeto respecto del cual ha de ejercer su función, sino también de su condición cultural diversa, lo que obliga a un estándar superior –por su calidad de menor- y distinto –por su etnicidad– en la conducta policial, lo que no se advirtió en el procedimiento desplegado. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema en la sentencia Rol Nº 27.295-14 del 30 de octubre de 2014.

67 Protocolos de Carabineros de Chile para la mantención del orden público, Detención de manifestantes niños, niñas y/o adolescentes, protocolo número 6 "Los mayores de 14 años detenidos por la imputación de un delito no requieren la presencia de un adulto responsable para su libertad", pág. 39.

BIBLIOGRAFÍA

INDH (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile

INDH (2012). *Informe Anual 2012 Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile

INDH (2013). *Informe Anual 2013 Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile

INDH (2014). *Informe Anual 2013 Programa de Derechos Humanos y Función Policial*. Santiago

INDH (2014b). *Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.* Santiago.

3

CATÁSTROFES NATURALES, EMERGENCIAS Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Felipe Pizarro, "Cerro Mariposa, luz entre cenizas", primer lugar categoría fotografía, Concurso Arte y Derechos Humanos 2014.



3 CATÁSTROFES NATURALES, EMERGENCIAS Y DERECHOS HUMANOS

El terremoto del 27 de febrero de 2010 fue una de las catástrofes de mayor envergadura en Chile[1], además de la más extendida territorialmente, ya que afectó a 50 ciudades y 900 pueblos de las regiones de Valparaíso, Metropolitana, del Libertador Bernardo O'Higgins, del Maule, del Biobío y de La Araucanía. A la intensidad y extensión del terremoto se le añade su larga duración –tres minutos– y el maremoto que le siguió, ya que con ello se incrementaron los daños y la pérdida de vidas humanas. El INDH, analizando el derecho a la vivienda adecuada, señaló cómo las personas afectadas por el terremoto y maremoto enfrentaron vulneraciones a sus derechos humanos durante el proceso de reconstrucción (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 253).

El presente año, el terremoto que afectó al Norte Grande[2], y el incendio que devastó Valparaíso[3] evidenciaron nuevamente la vinculación entre desastres naturales y las vulneraciones a los derechos humanos. Las catástrofes son instancias que permiten desarrollar una evaluación de la respuesta de la autoridad pública observando el funcionamiento de la institucionalidad y analizando su desempeño con el fin de mejorar los mecanismos, normas y políticas públicas existentes para enfrentar los riesgos y consecuencias asociados a estos eventos.

La definición que Naciones Unidas da al concepto de "desastre" es el de "alteración grave del funcionamiento de una sociedad que causa pérdidas humanas, materiales o del medio ambiente que exceden la capacidad de la sociedad afectada para enfrentarla con sus propios recursos"[4]. Tales desastres pueden ser causados por las personas (como los desastres industriales o tecnológicos) o tener origen natural, los que generan, entre otros fenómenos, desplazamientos de la población afectada por destrucción de las viviendas[5]. El desplazamiento de población y su reubicación en campamentos lejos de sus hogares, en casas de parientes o en terrenos urbanos o rurales no es la única consecuencia de una catástrofe natural sobre las personas. Gran parte de la población que no se desplaza, muchas veces la mayoría, sufre perjuicios que afectan su vida, como las epidemias debido a carencia de agua potable, pérdida de su fuente de trabajo y carencias en los servicios educacionales y de salubridad.

1 Las estadísticas indican que es el quinto terremoto de mayor intensidad que se tenga registro a nivel mundial, 8,8 grados en la escala Richter.

2 El pasado 1 de abril, a las 20:46 horas, se percibió un sismo de mayor intensidad (VIII Mercalli) entre las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. De acuerdo con la información proporcionada por el Centro Sismológico Nacional, el sismo alcanzó una magnitud de 8,2 Richter, solicitándose evacuación preventiva por parte de ONEMI, y estableciéndose Alerta de Tsunami para todo el borde costero nacional, según indicación del SHOA. http://www.onemi.cl/terremoto-en-el-norte/

3 Entre los días 12 y 16 de abril de 2014 uno de los siniestros urbanos más grandes de la historia dañó a miles de viviendas en Valparaíso. El día 12 de abril se registró un incendio forestal en la comuna de Valparaíso, que conforme a los antecedentes proporcionados por la Dirección Regional de ONEMI consumió 965,2 hectáreas, de las que 28,8 correspondían a superficie ocupada por viviendas. A raíz de dicha emergencia se declaró Alerta Roja para las comunas de Valparaíso y Viña del Mar. http://www.onemi.cl/incendio-en-valparaiso/

4 Naciones Unidas (2003). Glosario elaborado por la Oficina del Coordinador para el Socorro en caso de Desastres.

5 Aunque se utiliza el término 'natural', "la magnitud de las consecuencias de los peligros naturales súbitos es un resultado directo de la manera en que las personas y la sociedad se relacionan con las amenazas que provienen de peligros naturales. La magnitud de las consecuencias viene por lo tanto, determinada por la acción humanitaria, o la falta de la misma". (Directrices Operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales. Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno. Mayo de 2011. Anexo 1, p. 60). http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8207.pdf?view=1

Los desastres naturales afectan los derechos humanos que los Estados están en la obligación de garantizar. En la mayoría de los casos, la ausencia de una adecuada preparación para enfrentar estas situaciones, sumada a una inadecuada planificación o a negligencia, da espacio a un escenario de vulneraciones a los derechos humanos. Así, en estos contextos es frecuente la omisión o discriminación en la distribución de la asistencia; imposición de traslados o reubicaciones inseguras o en contra de la voluntad de las personas; abusos y violencia sexual, en especial hacia las mujeres; problemas de documentación e identidad de desplazados que perdieron sus papeles. En definitiva, aumenta la posibilidad de vulneraciones a los derechos humanos si la respuesta al desastre, tanto en la etapa de emergencia como en la de reconstrucción, no se basa en un marco de derechos humanos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los principales estándares internacionales a considerar provienen de disposiciones contenidas en los diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos[6] y vinculantes para el Estado de Chile. Además, las Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC), sobre la Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Desastres Naturales (conocidas como "Directrices IASC") constituyen el primer cuerpo de orientaciones que abordan directamente el resguardo de los derechos humanos en situaciones de desastre natural. Contienen una exhortación a los Estados para que se respeten todos los derechos humanos de las personas afectadas, se les preste asistencia sin discriminación y se establezcan medidas para evitar la violencia y garantizar su seguridad. Aunque las Directrices no son un instrumento internacional que vincule jurídicamente a los Estados, provee orientaciones político-técnicas que se pueden adoptar y que están dirigidas fundamentalmente a los agentes humanitarios intergubernamentales y no gubernamentales, que cuentan con el reconocimiento de las Naciones Unidas[7].

El contenido de las Directrices recae directamente en lo que se debe hacer desde la óptica de derechos humanos cuando se enfrenta un desastre natural, con una visión integral de las necesidades de las víctimas, relevando una orientación fundamental: "Los derechos humanos constituyen el fundamento legal de toda la labor humanitaria relacionada con los desastres naturales. No existe otro marco jurídico que oriente dichas actividades".

En relación con el derecho a la no discriminación, las Directrices señalan que los Estados tienen la obligación y la responsabilidad de proporcionar asistencia a todas las personas afectadas por desastres naturales y proteger sus derechos humanos (Principios Generales II). Por lo tanto, hace explícita la obligatoriedad de no discriminar a las personas afectadas en cuanto a satisfacción de derechos relacionados con necesidades básicas de subsistencia, como el suministro de alimentos adecuados, agua potable y saneamiento, alojamiento, vestido y servicios básicos de salud, incluso en etapas posteriores a la emergencia (Directriz B.2.1). Asimismo en relación con las medidas de reinserción a las fuentes de subsistencia de las personas afectadas, específicamente las medidas de rehabilitación y acceso a microcréditos (Directriz C.4.2). Un criterio provisto por las Directrices en la prestación de asistencia humanitaria consiste en considerar que, a fin de que todas las personas afectadas tengan un acceso seguro a dicha asistencia, debe darse la necesaria prioridad a los grupos vulnerables "como las minorías, los hogares encabezados por una sola persona, las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad y los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados" (Directriz B.1.3).

6 La Carta Internacional de los Derechos Humanos incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus respectivos protocolos. Asimismo, otros instrumentos internacionales y regionales referidos a grupos vulnerados o derechos específicos, cuyas disposiciones son aplicables a la respuesta que el Estado debe otorgar a las consecuencias de los desastres naturales: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio Nº 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

7 En tal sentido, la Asamblea General de la OEA, en Resolución de mayo de 2011, acordó "alentar a los Estados Miembros a que, cuando atiendan las necesidades de los desplazados internos y las comunidades afectadas por el desplazamiento interno, consideren el Marco de Soluciones Duraderas para los Desplazados Internos" y "las Guías Operativas sobre Derechos Humanos y Desastres Naturales", es decir, las Directrices IASC.

En cuanto al derecho a la consulta y a la participación, el Principio General V de las Directrices establece que todas las comunidades afectadas por un desastre natural tienen derecho al acceso a la información sobre las posibles medidas de mitigación de riesgos que pueden adoptarse y la asistencia humanitaria en curso, entre otros aspectos, y que deberán ser consultadas y "tener la oportunidad de hacerse cargo de sus propios asuntos, en la mayor medida posible", así como participar en la planificación y ejecución de las distintas etapas de la respuesta.

A los estándares descritos hay que agregar las directrices del Marco de Acción de Hyogo (MAH). Naciones Unidas ha definido una Estrategia Internacional de Reducción de Desastres (EIRD) cuyo principal instrumento de implementación es el Marco de Acción de Hyogo, el cual tiene como objetivo general "aumentar la Resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres al lograr, para el año 2015, una reducción considerable de las pérdidas que ocasionan los desastres, tanto en términos de vidas humanas como en cuanto a los bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países"[8]. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha hecho un llamado a la implementación del MAH y ha reafirmado la importancia del Sistema multisectorial de la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres al igual que de la Plataforma Global para la Reducción del Riesgo de Desastres (RRD) para apoyar y promover el Marco de Hyogo.

El MAH se propone reducir las pérdidas en vidas humanas, bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y países, ocasionados por los desastres naturales, a partir de tres objetivos estratégicos: a) La integración de la reducción del riesgo de desastres en las políticas y la planificación del desarrollo sostenible, b) El desarrollo y fortalecimiento de las instituciones, mecanismos y capacidades para aumentar la resiliencia ante las amenazas, y c) La incorporación sistemática de los enfoques de la reducción del riesgo en la implementación de programas de preparación, atención y recuperación de emergencias.

8 http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/Desastres/EIRD.pdf

Esos objetivos se traducen en las siguientes cinco líneas de acción prioritarias:

Prioridad 1. Garantizar que la reducción del riesgo de desastres sea una prioridad nacional y local con una sólida base institucional para su implementación.

Prioridad 2. Identificar, evaluar y monitorear los riesgos de desastres y mejorar las alertas tempranas.

Prioridad 3. Utilizar el conocimiento, la innovación y la educación para crear una cultura de seguridad y resiliencia a todo nivel.

Prioridad 4. Reducir los factores de riesgo subyacentes.

Prioridad 5. Fortalecer la preparación en caso de desastre a fin de asegurar una respuesta eficaz a todo nivel.

Esas cinco líneas prioritarias de acción incluyen también temas transversales como un enfoque integral para abordar múltiples amenazas, perspectiva de género y diversidad cultural, participación comunitaria y de voluntarios, así como el desarrollo de capacidades y transferencia de tecnología.

El Estado de Chile forma parte de los 168 países que aprobaron el Marco de Acción de Hyogo en el año 2005 y que se comprometieron a lograr, para el 2015, "la reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto de vidas como de bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países" (Marco de Acción de Hyogo 2005-2015. Pág. 3). Ese compromiso tiene alta relevancia, ya que forma parte de los instrumentos internacionales que configuran el marco de acción de los Estados ante los desastres naturales.

Por su parte, en el marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de 2005 brinda orientaciones a los Estados para enfrentar situaciones de emergencias de salud pública y catástrofes, y está vigente en nuestro país desde junio de 2007. En relación con los criterios para identificar si un evento puede tener una repercusión de salud pública grave, se señalan las catástrofes naturales como un factor concomitante que puede dificultar o retrasar la respuesta de salud pública.

En noviembre de 2007, en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se adopta-

ron por unanimidad las Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacional de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial. Las Directrices son un conjunto de recomendaciones a los gobiernos sobre cómo preparar sus leyes y planes de desastres, y aconsejan, entre otros, sobre los estándares de calidad mínimos en cuanto a la asistencia humanitaria, en función de documentos legales y de política internacional existentes.

NORMATIVA NACIONAL

A nivel nacional, la Constitución Política de la República, en su artículo 1° inciso quinto, establece como "deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia". En esta línea, el artículo 32° número 5 señala como atribución del Presidente de la República "[d]eclarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución", particularmente en los artículos 39° al 45°. El número 20 del artículo 32° establece que la autoridad "podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país". Las disposiciones constitucionales antes señaladas apuntan, por un lado, a las obligaciones del Estado de realizar acciones tendientes a proteger a las personas y resguardar el orden público; y por otro, a disponer de recursos que permitan sobrellevar situaciones de riesgo colectivo. El INDH advierte que la aplicación de los estados de excepción debe ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos, siendo su invocación excepcionalísima. El Estado debe garantizar que las medidas que se adopten en esos contextos respondan a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no restringiendo ilegítimamente el ejercicio de los derechos humanos y, en caso que ello ocurra, garantizar el acceso a la justicia de las víctimas. Asimismo es relevante que operen los contrapesos entre los poderes políticos de representación popular para el control de la aplicación de los estados de excepción.

A nivel legal, el accionar del Estado ante eventos de causa natural se encuentra regulado por un conjunto diverso de normas, las que abordan diversas aristas de dicha respuesta. En términos de otorgamiento de facultades, la primera norma corresponde al DFL 7.912 del año 1927 del Ministerio del Interior, cuyo contenido organiza las Secretarías del Estado. Esta, en su artículo 3° letra a) indica que corresponde al Ministerio del Interior y Seguridad Pública "todo lo relativo al Gobierno Político y Local del territorio y al mantenimiento de la seguridad, tranquilidad y orden público". La Ley 20.502 crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de drogas y alcohol, y modifica diversos cuerpos legales; y contiene normas relativas al mantenimiento de la seguridad y el orden público.

Luego, el DFL 22 de 1959 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Gobierno Interior de la República, establece en su artículo 20° la facultad para Intendentes y Gobernadores de "requerir de los jefes de los servicios sujetos a su fiscalización, la atención inmediata necesaria para proveer a tales emergencias". Mientras que las letras a) y b) del artículo 26° adicionan, en el caso de los Gobernadores, la potestad de atender y procurar el auxilio de las personas en circunstancias extraordinarias.

Posteriormente, el DFL 1-19175 de 2005 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, agrega en sus artículos 2° letra ñ) y 4° letra e) la asignación a Intendentes y Gobernadores, respectivamente, la función de "[a]doptar todas las medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe". Además, el artículo 16° letra f) determina como función general del Gobierno Regional "adoptar las medidas necesarias para enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe, en conformidad a la ley, y desarrollar programas de prevención y protección ante situaciones de desastre, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades nacionales competentes".

En una línea similar, la Ley Orgánica Constitucional 18.415 (1985) sobre Estados de Excepción, en su artículo 6° determina que declarado el estado de catástrofe, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas,

total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe. Por su parte el artículo 7° consagra los deberes y atribuciones, entre las cuales destaca la de difundir, por los medios de comunicación social, la información necesaria para dar tranquilidad a la población y dictar las directrices e instrucciones requeridas para el mantenimiento del orden en la zona, entre otras.

Por su parte, el DFL 1 de 2006 del Ministerio del Interior refunde, coordina y sistematiza la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, y en su artículo 4° letra i) otorga prerrogativas a los municipios para la "prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes".

En materia de institucionalidad, el DL 369 de 1974 realiza un aporte sustancial al crear la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI), definir su dependencia administrativa, organización interna y funciones. En particular, su artículo 1° señala que la ONEMI será el servicio "encargado de planificar, coordinar y ejecutar las actividades destinadas a prevenir o solucionar los problemas derivados de sismos o catástrofes", mientras que el artículo 3° lo faculta para "[coordinar] las actividades de cualquier otro organismo público o privado que tenga relación con la solución de los problemas derivados de estas emergencias".

Relacionado con lo anterior, la Ley 20.424 (2010) que define el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, establece en su título III la creación del Estado Mayor Conjunto. De acuerdo con su artículo 25°, este es "el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas". Además, en la letra a) del mismo artículo especifica como función "[s]ervir de órgano de asesoría y trabajo en la conducción estratégica para enfrentar las situaciones que puedan demandar los estados de excepción constitucional".

Desde una perspectiva técnica, la Ley 20.304 (2008) sobre Operación de Embalses frente a Alertas y Emergencias establece conceptualizaciones, obligaciones y delimitación de responsabilidad de los operadores encargados, así como criterios para declarar estados de alerta. Como señala el artículo 1°, todas estas disposiciones buscan "evitar o mitigar los riesgos para la vida, la salud o los bienes públicos y privados".

En relación con la disposición de recursos económicos, la Ley 20.444 (2010) crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y establece mecanismos de incentivo tributario a las donaciones efectuadas en caso de catástrofe. Específicamente en su artículo 1° indica como propósito de esta ley "financiar la construcción, reconstrucción, reposición, remodelación, restauración o rehabilitación de infraestructura, instalaciones, patrimonio histórico arquitectónico de zonas patrimoniales y zonas típicas, obras y equipamiento, ubicados en las comunas, provincias o regiones afectadas por terremotos, maremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, aluviones u otras catástrofes que puedan ocurrir en el territorio nacional".

Un sentido similar tiene la Ley 20.455 (2010), la cual modifica diversos cuerpos legales para obtener recursos destinados al financiamiento de la reconstrucción del país, específicamente por medio del aumento de impuestos a la renta.

En términos administrativos, la Ley 19.061 (1991) establece normas sobre fomento a obras de riego en zonas afectadas por sismos o catástrofes; la ley 20.251 (2008) dispone un procedimiento simplificado para la recepción de obras, la regularización de edificaciones existentes y la aprobación de nuevas construcciones en zonas decretadas como afectadas por catástrofe; y la ley 20.458 (2010) establece la gratuidad de las solicitudes de regularización de la posesión y constitución del dominio de la pequeña propiedad en las zonas afectadas por el terremoto y maremoto de 2010.

Finalmente, es la Ley 16.282[9] (1965) la que aborda las situaciones de riesgo colectivo con mayor amplitud. En este sentido, se observa que en el articulado de sus títulos I y II se plantean tanto aspectos de orden técnico, como la definición de zona afectada y la noción de damnificados (artículos 1° y 2°); facultativo, como la posibilidad de dictar

9 Desde su promulgación, esta ley ha sido modificada por los siguientes instrumentos: Ley 16.289 (1965), ley 17.564 (1974), ley 18.522 (1986), ley 19.095 (1991), ley 19.886 (2003), ley 20.444 (2010), ley 20.582 (2012), D.L. 275 (1974), D.L. 603 (1974), D.L. 670 (1974), D.L. 1.289 (1976) D.L. 574 vía decreto 461 (1974) y Decreto 104 del Ministerio del Interior (1977, última versión 04-05-2012) que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la ley 16.282.

normas excepcionales (artículos 3° y 16°); sancionatorio, como la prohibición de lucrar con artículos de primera necesidad y la comercialización de donaciones (artículo 4°); financiero, como el alza de impuestos (artículo 36°); administrativo, como la modificación o agilización de procedimientos para la recepción de donaciones (artículos 5° y 6°); y de coordinación, como la organización y planificación de las acciones de las Fuerzas Armadas y servicios del Estado (artículo 19°). Es preciso recordar que esta ley mantiene su vigencia solo en aquella parte en que no autoriza la restricción de derechos[10].

INSTITUCIONALIDAD PÚBLICA

Las debilidades de la institucionalidad chilena para atender apropiadamente situaciones de catástrofe han sido identificadas desde diversas fuentes, como el estudio de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados[11], el informe de expertos de UNISDR[12], así como estudios académicos de la Universidad Católica[13] y la Fundación Terram[14].

En todos esos estudios existe coincidencia en que la institucionalidad vigente, en particular la ONEMI, no está preparada para enfrentar adecuadamente una catástrofe. Entre las principales debilidades detectadas cabe mencionar a modo sumario las siguientes:

a. Inadecuado diseño institucional: la ONEMI contaba con recursos orientados más a la respuesta o gestión de desastres (GD) ante emergencias que la prevención y a la reducción de riesgos de desastres (RRD). Esa diferencia conceptual entre RRD y GD impacta seriamente en las capacidades logísticas y operativas ante la emergencia –baja dotación de personal, débil o inadecuado sistema de comunicaciones, falta de coordinación interinstitucional, entre otros–.

b. Falta de una política de gestión de riesgos: El Plan Nacional de Protección Civil no cumpliría con los requisitos básicos, es decir, que incluya todo el ciclo de los desastres, con especial acento en la prevención, mitigación y reducción del daño humano y material, lo cual podría obtenerse desde una clara política de coordinación interinstitucional permanente. Se detecta la inexistencia de mapas de riesgos asociados a la planificación urbana, lo cual se deriva de la dispersión de entidades no conectadas lo que evidencia la ausencia de una "plataforma nacional multisectorial" que coordine la RRD.

c. Centralismo y baja participación: no solo la ONEMI es un organismo aún muy centralizado, sino también otros sectores que actúan en los territorios como vivienda, educación y salud, los cuales dependen de políticas propias altamente centralizadas, afectando a la planificación local y su eventual planificación de riesgos. Además de la falta de expertos capacitados en RRD en los diversos territorios y localidades, tampoco se han generado programas de capacitación y empoderamiento de la población que fortalezcan la resiliencia de las comunidades.

d. Sistemas de información inadecuados: además de los problemas logísticos que han afectado las comunicaciones, la catástrofe evidenció la escasa información permanente y actualizada que tiene el Estado respecto de los riesgos que enfrenta cada territorio (un ejemplo son los mapas de riesgo), así como la existencia de comunidades mal informadas (falta de señaléticas, insuficientes simulacros, etc.). De acuerdo con Terram, esto podría asociarse tanto a la carencia de una política pública como al escaso número de profesionales especializados en desastres naturales en la ONEMI.

e. Legislación desactualizada: existe legislación preconstitucional que induce a pensar que puede haber una afectación extraordinaria de derechos sin

10 Contraloría General de la República, Dictamen Nº 39.282 Fecha: 20-8-2008; Nº 72.908, Fecha: 23-9-2014; Nº 42.822 Fecha: 10-9-2008.

11 Informe de la Comisión Especial investigadora del Estado de la Institucionalidad en relación con su capacidad de respuesta frente a desastres naturales. Valparaíso 6 de septiembre de 2010. http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=307&prmTIPO=INVESTIGAFIN

12 Informe elaborado por 14 expertos de UNISDR (Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas) a quienes la ONEMI solicitó una evaluación. El informe fue entregado el 20 de diciembre de 2010. http://www.ONEMI.cl/sites/default/files/newsletter_14o_edicion_diciembre.pdf

13 C.I.P.– Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012: Emergencia y Reconstrucción: el antes y después del terremoto y tsunami del 27-F en Chile. Aprendizajes en materia habitacional, urbana y de seguros.

14 Fundación Terram, 2012. Impactos ambientales del terremoto y tsunami en Chile. Las réplicas ocultas del 27F.

la correspondiente declaración del estado de excepción, lo que vulnera el artículo 39 y siguientes de la CPR, el artículo 27 de la CADH y el artículo 4 del PIDCP. En otros casos la legislación obedece a un diseño que difícilmente puede hacer frente a catástrofes sanitarias modernas.

f. Existen prácticas que pueden implicar un desplazamiento de responsabilidades políticas desde el Gobierno al Poder Judicial, alterando el régimen de responsabilidades políticas, administrativas y civiles que se derivan de la excepción constitucional[15].

Aunque pudiera asumirse que la RRD tiene un enfoque de derechos humanos, parece pertinente indicar que ninguno de los cuestionamientos u observaciones indicados en los estudios revisados mencionan explícitamente que la atención de desastres naturales debiera hacerse en un marco de respeto a los derechos humanos. Sin embargo, para este análisis se asume que el enfoque de RRD contiene, desde la perspectiva del Marco de Acción de Hyogo, una visión que se focaliza en la reducción de la vulnerabilidad y con ello una disminución en los daños y pérdidas, lo que puede vincularse a la protección de algunos derechos según lo indicado por los estándares internacionales mencionados anteriormente.

Las principales propuestas de cambios en la institucionalidad se identifican en dos iniciativas: el proyecto de ley que establece el Sistema Nacional de Emergencia y Protección Civil y crea la Agencia Nacional de Protección Civil, Boletín 7550-06, y la implementación de medidas orientadas a fortalecer la prevención por parte de ONEMI, principalmente mediante simulacros y capacitaciones. En el primer caso se trata de una iniciativa que busca crear un Sistema Nacional de Protección Civil junto a una agencia *ad hoc* y, por otra parte, ajustes operativos e implementación de acciones enmarcadas en los requerimientos del Marco de Acción de Hyogo.

15 Caso del actual Subsecretario de Obras Públicas, Sergio Galilea Ocón, quien enfrenta ante Contraloría un Juicio de cuentas y una multa de $813 millones por irregularidades en Chaitén por su labor como intendente entre 2008 y 2010.

3

TERREMOTO DEL NORTE GRANDE

Los días 1 y 2 de abril de 2014, las regiones de Arica y Parinacota y de Tarapacá se vieron afectadas por dos terremotos, el primero de 8,2 grados y el segundo 7,6 grados Richter, causando la muerte de seis personas[16], graves daños en las estructuras de casas, edificios, embarcaciones, y caminos, y un gran temor en la población, incrementado por las alertas de tsunamis en la zona costera de ambas regiones. Las costas de Arica e Iquique fueron evacuadas, decenas de miles de personas subieron a los cerros y alojaron en carpas. La carretera A-16 que une Iquique con Alto Hospicio presentó daños importantes, y no existió suministro de energía eléctrica ni de agua en gran parte de la zona damnificada. A las pocas horas de ocurrido el primer terremoto se pudo constatar que la región más afectada en términos de infraestructura era la de Tarapacá, especialmente las ciudades de Alto Hospicio e Iquique. El 2 de abril la Presidenta de la República visitó ambas regiones con un grupo de Ministros/as e instruyó medidas de emergencia para las zonas afectadas, las cuales fueron declaradas en estado de catástrofe. El Gobierno designó por decreto a dos delegados presidenciales[17], además de la delegada nacional para la reconstrucción, que asumieron las tareas de reconstrucción en las regiones afectadas por el terremoto en el Norte Grande.

El Director Nacional de la ONEMI, Ricardo Toro, informó[18] que un total de 972.457 personas fueron evacuadas tras el terremoto que afectó al Norte Grande. Transcurrido un mes del terremoto, la ONEMI cifró en 21.813 los damnificados[19]. Uno de los aspectos relevantes a analizar desde una perspectiva de derechos humanos dice relación con la ejecución del conjunto de medidas que ONEMI aplicó el 1 de abril de 2014, y los días posteriores, en las regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá, la implementación de sistemas de alerta de tsunamis para la población de la zona afectada,

16 Tres personas murieron a raíz de paros cardiorrespiratorios, dos de ellas por aplastamiento por colapso de material y una por causa de evacuación.

17 Dante Pancani Corvalán, Delegado para la región de Arica y Parinacota; Julio Ruiz Fernández, Delegado para la región de Tarapacá.

18 Ver http://www.cnnchile.com/noticia/2014/04/02/balance-onemi-mas-de-972-mil-personas-fueron-evacuadas-tras-terremoto-82

19 Ver http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/01/658079/onemi-informa-que-aun-existen-21813-damnificados-a-un-mes-del-terremoto-en-el-norte.html

específicamente el sistema de sirenas y el sistema de alerta de emergencia para celulares (SAE) y las medidas adoptadas para garantizar que personas privadas de libertad o con movilidad reducida puedan resguardarse tras el terremoto y la alerta de tsunami. Sobre los puntos referidos, el INDH consultó a ONEMI con el propósito de conocer en detalle los protocolos y medidas efectivamente aplicadas. Al respecto, el Director Nacional de ONEMI informó[20] que si bien la Región de Arica y Parinacota no cuenta con sistema de sirenas, la Dirección Regional se encuentra trabajando en el proyecto de instalación de estas con fondos regionales y fondos de la Presidencia. Cabe destacar que la falta de sirenas que permitieran alertar a la población fue uno de los aspectos criticados en sectores de la ciudad de Arica[21]. La Región de Tarapacá sí cuenta con un sistema de sirenas que fueron activadas para el sismo de mayor intensidad de la zona norte. En relación con el sistema de alerta de emergencia para celulares, se enviaron mensajes los días 1 y 2 abril que informaron sobre la "amenaza de tsunami", el "tsunami" y la "Cancelación de tsunami"[22]. En relación con las medidas adoptadas por la ONEMI destinadas a la protección de grupos vulnerados ante la situación de emergencia, en la información remitida al INDH solo se describieron iniciativas generales referidas a la preparación de documentos en la materia, por ejemplo, traspasar algunos de los productos con información de amenazas y planes a un formato accesible para personas con discapacidad visual y auditiva, iniciativa que el INDH valora.

En la región de Arica y Parinacota, para enfrentar el terremoto se declaró zona en estado de catástrofe[23] y se dispusieron medidas de carácter extraordinario[24] para organizar y agilizar la atención de damnificados. Entre las medidas destacan la entrega de ayuda humanitaria (elementos de abrigo, agua envasada, alimentación, materiales de construcción para labores de emergencia, carpas y enseres para su habilitación), entrega de recursos a las municipalidades para hacer frente a la emergencia, el despeje de vías, la remoción de escombros y la habilitación del albergue Estadio Carlos Dittborn.

Sobre la atención a grupos vulnerados, el delegado presidencial informó[25] que los daños en vivienda y en la infraestructura de riego base de la agricultura recayeron más fuertemente en grupos vulnerados (en el sector agricultura las actividades son especialmente de subsistencia, con fuerte identidad de población indígena). Por ello, la SEREMI de Agricultura incorporó en su catastro de daños la identificación especial de comunidades indígenas afectadas por el terremoto. La CONADI dispuso recursos especiales por 250 millones para atender al total de las comunidades identificadas en el catastro, beneficiando a 11 comunidades indígenas. Además, la dirección de obras hidráulicas del MOP ha levantado un proyecto de obras civiles en Canal Lluscuma de la comuna de Putre que beneficia una zona habitada por población indígena.

Luego, en la etapa de reparación se inició una segunda fase para la atención de familias y la normalización del funcionamiento de la región, cuyos aportes a la fecha ascienden a $2.300.097.746 para atención de las familias damnificadas en sus viviendas, normalizar la conectividad vial y las actividades productivas familiares[26].

En relación con la etapa de reconstrucción, a la fecha de cierre de este informe se encuentra definido el Plan, organizado

20 Ord. Nº 1583, Respuesta a la Información solicitada. 27 de octubre de 2014.

21 Al respecto el diputado independiente por Arica, Vlado Mirosevic, señaló: "En reemplazo de las sirenas en el borde costero que no existen, se supone que iba a actuar la sirena de bomberos, pero estaba mala entonces no funcionó y por tanto no hubo simplemente una sirena que diera una alerta masiva. Más bien la gente tendió a evacuar por la cultura sísmica que hay en esta zona, pero no hay un sistema para dar aviso masivo a la ciudadanía".

22 Los mensajes emitidos fueron los siguientes:
Región de Arica y Parinacota
1) Título: Amenaza de Tsunami. Hora de mensaje: 20:54/01-04-2014. Zona: Borde costero Arica y Parinacota.
2) Título: Tsunami. Hora de mensaje: 21:02 a 00:42/01-04-104 y 02-04-2014 Zona: Borde costero.
3) Título: Cancelación de Tsunami. Hora de mensaje: 01:19 a 06:46/02-04-2014 Zona: Borde costero.
Región de Tarapacá:
1) Título: Amenaza de Tsunami. Hora de mensaje: 20:55/01-04-2014. Zona: Borde costero Tarapacá.
2) Título: Tsunami. Hora de mensaje: 21:02 a 00:42/01-04-104 y 02-04-2014 Zona: Borde costero.
3) Título: Cancelación de Tsunami. Hora de mensaje: 01:19 a 06:46/02-04-2014 Zona: Borde costero.

23 DS Nº 918 del 2 de abril de 2014.

24 Ibídem.

25 Oficio Nº 35. Resumen de acciones Plan Reconstrucción. 1 de octubre de 2014.

26 Ibídem.

en siete objetivos estratégicos[27] que dieron origen a 70 proyectos de inversión de diversa envergadura. Las iniciativas se encuentran en distintas etapas de desarrollo, según se informó al INDH. Respecto de las personas beneficiadas y cuántas quedan por asistir, el delegado presidencial informó que 4.330 personas fueron identificadas como beneficiarias de programas de vivienda, educación, comunidades indígenas, agricultura y apoyo a la actividad económica[28].

En el marco de los reclamos que se desarrollaron[29] por las demoras en el proceso de reconstrucción, tanto en el Norte Grande como en Valparaíso, la Cámara de Diputados aprobó realizar una interpelación a la Ministra de Vivienda, Paulina Saball, que se realizó el 19 de junio de 2014 y cuyos ejes fueron la determinación de plazos para entregar soluciones definitivas a los afectados/as y el tipo de respuesta desarrollado por el Gobierno. La Ministra recalcó que "hemos cumplido con todas las obligaciones que nos establece la ley", y detalló las medidas tomadas, insistiendo en que se han adoptado con la pertinencia necesaria. Además subrayó que el Gobierno se ha concentrado en asegurar el resguardo de las personas y la calidad de las soluciones. El 8 y 28 de mayo concretaron en el Norte Grande el llamado a postulación para el programa de protección de patrimonio familiar, asegurando en dichos llamados las normas de seguridad y habitabilidad. Al término de la interpelación, la Ministra señaló que estas emergencias han puesto sobre el tapete las inequidades territoriales en Chile[30].

En relación con los recursos financieros para la reconstrucción, el 20 de junio del presente año fue publicada la Ley 20.759 que otorga financiamiento a la reconstrucción de las zonas afectadas por las catástrofes, ocurridas en abril en la zona norte del país y, en la ciudad de Valparaíso. Mediante la normativa se autorizó integrar a ingresos generales de la Nación, la cantidad de U$ 400.000.000 durante el año 2014[31]. La ley señala que tales recursos estarán destinados a la construcción, reconstrucción, reposición, remodelación, restauración y rehabilitación de la infraestructura, instalaciones, obras y equipamiento que hayan sido dañados a consecuencia del terremoto y maremoto del 1 de abril de 2014 en el norte del país, como asimismo en la zona afectada por el incendio ocurrido en la ciudad de Valparaíso el 11 de abril de 2014.

Por último, el INDH desarrolló una serie de entrevistas en la zona afectada por el terremoto con el propósito de conocer la evaluación que algunos de los municipios y organizaciones sociales tienen respecto del proceso de reconstrucción posterremoto. Específicamente se recogió la opinión de los alcaldes de Arica y Alto Hospicio y de organizaciones sociales de ambas regiones. El alcalde de Iquique no dio respuesta a las solicitudes de audiencia que el INDH le hizo llegar, de tal manera que no se pudo recoger su evaluación.

El alcalde de Arica, Dr. Salvador Urrutia Cárdenas[32], señaló que la respuesta del Gobierno ante la emergencia del terremoto fue buena y que la gente quedó satisfecha. Inmediatamente se creó un comité operativo de emergencia dirigido por el general Miguel Alfonso Bellet. La evaluación desarrollada por la municipalidad determinó que después del terremoto quedaron tres viviendas totalmente destruidas, ciento ochenta casas con peligro de derrumbe y ochenta que requieren ser reconstruidas. Para enfrentar la situación se instalaron trescientas carpas para recibir a los damnificados en el Estadio Carlos Dittborn. Posteriormente se comenzó a construir una villa de emergencia, donde se podría recibir a trescientas familias. Las personas que resultaron con sus casas dañadas e inhabitables recibieron un subsidio para arriendo que asciende a 250.000 pesos mensuales durante un año.

27 1. Mejorar las condiciones de vida de los damnificados, afectados con daños mayores y menores en sus viviendas; reconstruyendo y reparando viviendas, haciéndolo con pertinencia cultural y patrimonial en comunas al interior; 2. Mejorar espacios públicos; 3. Fortalecer la Educación Pública; 4. Fortalecer Agricultura y recursos hídricos con pertinencia cultural; 5. Asegurar integración territorial y conectividad vial; 6. Apoyo a la actividad económica; 7. Apoyo a las capacidades de los gobiernos locales.

28 Oficio Nº 35. Resumen de acciones Plan Reconstrucción. 1 de octubre de 2014.

29 http://www.camaradediputados.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=102085

30 http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=102405

31 Esta cifra corresponde a una parte del total de los recursos provenientes de las ventas de cobre de CODELCO al exterior, que de acuerdo a la ley reservada Nº 13.196 deben destinarse a la compra y mantenimiento del material bélico de las Fuerzas Armadas.

32 Entrevista desarrollada el 22 de septiembre, en la cual también participaron Eva Maturana Gamero, Directora de DIDECO; Elisa Huentecura Condori, Jefa del Departamento Social de DIDECO, y Viviane Pampaloni Melo, Directora de Protección Civil y Emergencia.

El alcalde Urrutia señaló que en el mismo lugar donde se levantaron las viviendas de emergencia, esto es, en el sector conocido como El Alto, de la ciudad de Arica, se reconstruirán las viviendas destruidas por el terremoto. Este lugar, donde se desarrollará un proceso de urbanización que comprende 49 hectáreas y la construcción de 3.500 viviendas, es considerado por el alcalde como el lugar más adecuado entre los disponibles para construir las nuevas viviendas, por su cercanía al centro de la ciudad.

La Federación Nacional de Pobladores (FENAPO), por medio de sus representantes regionales Aníbal Díaz y Teresita Salas, expresaron en entrevista con el INDH una opinión diferente respecto de los terrenos del sector El Alto, donde conforme a lo informado por la municipalidad se pretenden construir las viviendas para los damnificados por el terremoto. FENAPO rechaza la idea de construir en el sector, debido a que estos no serían aptos para la construcción de viviendas sociales, puesto que estarían compuestos por suelos de capas sedimentarias que ya habrían provocado socavones debajo de casas y edificios (por ejemplo, en las poblaciones de Guañacagua I, II y III, Edificios Miramar y conjuntos habitacionales entregados recientemente en el sector por SERVIU). La FENAPO propone terrenos alternativos para la construcción de viviendas sociales y viviendas para los damnificados por el terremoto[33]. Por último, plantean que los catastros de los damnificados fueron mal realizados y que han quedado excluidas personas afectadas en sus viviendas por el terremoto.

Por su parte, en la región de Tarapacá, el INDH entrevistó[34] al alcalde de Alto Hospicio, Ramón Galleguillos Castillo, para recoger su opinión sobre el proceso de reconstrucción en su comuna después del terremoto de abril pasado. Este señaló que "…la región aguantó tres terremotos seguidos, lo que afectó a sus habitantes psicológicamente y causó enormes daños materiales: 3.000 viviendas dañadas, pero habitables; 240 viviendas totalmente destruidas, no habitables. Al principio la gente con sus recursos y carpas se instaló al aire libre; y los cuadros depresivos fue lo que más atendieron en esos días los consultorios municipales. A seis meses de ocurridos los terremotos, la reconstrucción no ha empezado. Esta demora se debe en gran parte a la centralización del país, las decisiones se toman en Santiago y esto retrasa los procesos de reconstrucción. Si las decisiones y los recursos estuvieran en la región, intendente y alcaldes ya hubieran iniciado el proceso".

Para el edil, la atención de la emergencia fue oportuna: "se constituyeron inmediatamente en la región dos ministros de Estado: el Ministro de Obras Públicas, debido a que la ruta A-16 se fracturó en cuatro partes dejando a Iquique y a Alto Hospicio con dificultades de conectividad, y la Ministra de Vivienda, quien debía enfrentar que su cartera ha construido numerosas viviendas sociales en Alto Hospicio, en suelos salinos, donde cualquier ducto subterráneo de agua que se rompe (…) empiezan a producirse los socavones silenciosos e invisibles bajo estas viviendas. Esto había ocurrido con algunas viviendas sociales en Alto Hospicio, resultando dañadas, y luego del terremoto resultaron aún más dañadas. Así descubrimos que los materiales usados para el subsidio habitacional no son los mejores; las viviendas no tienen fundaciones para este tipo de suelos. Además las viviendas son tan pequeñas que las familias se encuentran hacinadas, con una pérdida de privacidad para sus miembros".

Para el alcalde los terremotos dejan como lección que la política estructural para la construcción de viviendas sociales debe ser modificada, "para que estas sean más espaciosas, con patios, y de mejor calidad, invirtiendo lo necesario y adecuado, como por ejemplo en fundaciones que sustenten las casas en suelos salinos. Pero esto no lo consideran las autoridades, cualquiera sea el Gobierno, porque no tiene rentabilidad social. La mala calidad de las viviendas sociales es la razón por la que hubo daño en esas 240 viviendas, que quedaron inhabitables y 3.000 viviendas dañadas, pero habitables".

Por último, el INDH se entrevistó con Edwin Correa Fernández y Eulogia Maria Rojas, Director e integrante respectivamente de la ONG ENEVISION. Ellos señalaron que "solo el 70% de las viviendas dañadas han sido catastradas; algunos sectores como Villa Frei, condominio Santa Eloísa y algunas parcelas de Alto Hospicio no lo han sido". También señalan que existen en las viviendas de Alto Hospicio

33 En el sector norte de la avenida Capitán Avalos, 150 hectáreas y/o como alternativa, hacia el sur, proponen el terreno conocido como de la Coca-Cola (150 hectáreas).

34 Se realizó el 30 de septiembre de 2014.

muchos problemas, ya que estas se inundan en forma reiterada y los suelos de Alto Hospicio tendrían problemas de salinidad que provocan socavones, afectando a parte de las poblaciones de manera invisible. También señalan que personas migrantes en situación irregular, habitantes de la comuna, no tendrían acceso a viviendas de transición, quedando en una situación precaria. Finalmente, relatan que después del terremoto contaron con la ayuda de un médico voluntario para ayudar en la emergencia, quien atendió a muchos niños, niñas y adolescentes que tenían problemas en la piel producto de su exposición al sol y el contacto con el polvo.

INCENDIO DE VALPARAÍSO

Entre los días 12 y 16 de abril del presente año la ciudad de Valparaíso fue azotada por un incendio que afectó a los cerros El Litre, La Cruz, Las Cañas, Mariposas, Merced, Ramaditas y Rocuant, y como consecuencia se registraron 12.500 damnificados, 2.900 viviendas destruidas y 1.200 personas albergadas[35]. La catástrofe evidencia la fragilidad de la ciudad entre cuyos principales factores se distinguen: el manejo forestal de la parte alta de la ciudad y el deterioro ambiental de sus quebradas, el problema histórico de accesibilidad asociado a la dificultad topográfica, la deficiente infraestructura de conectividad de las distintas partes de la ciudad, la deficitaria regulación y el incumplimiento de normativas urbanísticas en el desarrollo de los asentamientos y la ausencia de obras de mitigación y/o prevención de riesgos urbanos asociados a la topografía de los cerros[36]. Según el listado de factores identificados se concluye la falta de una planificación urbana y la necesidad de una respuesta integral por parte del Estado tanto para enfrentar las consecuencias del incendio como para el desarrollo de un plan de reconstrucción que aborde las particularidades de la ciudad.

35 www.cnnchile.com/noticia/2014/04/02/balance-onemi-mas-de-972-mil-personas-fueron-evacuadas-tras-terremoto-82

36 Oficio Nº 81 del Delegado Presidencial Valparaíso, Andrés Silva Gálvez. "Plan de Inversiones, reconstrucción y Rehabilitación Urbana", documento en el que participaron de manera transversal una serie de actores de la Región, con el propósito de elaborar un diagnóstico común, en relación con el incendio que afectó a la comuna de Valparaíso, en abril del presente año. 24 de septiembre de 2014.

El INDH llama la atención sobre el hecho de que el área urbana afectada por el incendio de Valparaíso no cumplía con los estándares sobre el derecho a la vivienda adecuada[37], específicamente en lo relativo a la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia"[38].

El desarrollo de la ciudad de Valparaíso ha sido caracterizado como un crecimiento de "manera inorgánica y desregulada, fuera de toda norma urbanística vigente, lo que ha incrementado la vulnerabilidad de los habitantes de los cerros y del plan de esta ciudad"[39]. La forma de la ciudad de Valparaíso y sus complejidades topográficas han generado un fenómeno de extensión de la ciudad sin la existencia de una planificación urbana. De acuerdo con la información proporcionada por el delegado presidencial para Valparaíso[40] "esto se denomina urbanismo vernacular, en el sentido que el crecimiento de la ciudad fue llevado a cabo por sus propios habitantes". Asimismo, se advierte que la compleja forma urbana no ha sido reconocida como tal en los procesos de planteamiento y urbanización, en efecto las normativas y ordenanzas vigentes no

37 El reconocimiento de la vivienda adecuada como un derecho humano es el resultado de un proceso de décadas de debate y perfeccionamiento del concepto, cuyo origen está en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se señala que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios […]".

38 Comité DESC. Observación General Nº 4 El Derecho a Una Vivienda Adecuada. Establecida el 13 de diciembre de 1991. E/1991/23. Párr. 8 letra b).

39 Oficio Nº 1431 del Director Nacional (PT) del Servicio Nacional de Geología y Minería. Entrega información sobre zonas de riesgo en cerros de Valparaíso afectados por megaincendio. 25 de julio de 2014.

40 Oficio Nº 81 del Delegado Presidencial Valparaíso, Andrés Silva Gálvez. "Plan de Inversiones, reconstrucción y Rehabilitación Urbana", documento en el que participaron de manera transversal una serie de actores de la Región, con el propósito de elaborar un diagnóstico común, en relación con el incendio que afectó a la comuna de Valparaíso, en abril del presente año. 24 de septiembre de 2014.

recogen las complejidades que presenta la ciudad, en efecto Valparaíso hoy padece la paradoja de que, si se le aplicara íntegramente la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, no tendría la posibilidad de existir, y sin embargo no solo existe, sino que ha sido capaz de darle un orden, un propio orden a su difícil topografía, condición que la eleva a ser considerada una ciudad única y extraordinaria".

El incendio que afectó a Valparaíso tuvo su origen en la periferia de la ciudad en el bosque de eucalipto que "por las condiciones propias de su crecimiento, es un bosque pirógeno por el cual el fuego provoca más fuego"[41]. Las condiciones naturales del entorno de Valparaíso, sumadas a las condiciones meteorológicas[42], fueron propicias para la expansión y magnitud del incendio. Al respecto, el plan de inversiones, reconstrucción y rehabilitación urbana plantea que es indispensable revisar las actividades vinculadas a la plantación de bosques en las zonas aledañas a la ciudad.

El 3 de septiembre del 2014, la actual administración anunció un plan de Inversiones 2014-2021 para la Reconstrucción y Rehabilitación Urbana de Valparaíso que compromete la ejecución de proyectos por 510 millones de dólares, los que se estima se materializarán en un 71% entre 2014 y 2018. Estas iniciativas están orientadas no solo a reponer los sectores afectados, sino también como una oportunidad de mejora integral a la ciudad reduciendo los riesgos futuros y fortaleciendo las capacidades locales de gestión ante emergencias[43].

Así, junto con el despliegue de ayuda solidaria ofrecida por estudiantes jóvenes y otras personas que desde todo el país enviaron vestimenta y alimentos, entre otras cosas, distintos afectados/as reclamaron por la lenta distribución de la ayuda, además de criticar las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y locales ante la emergencia[44].

41 En el incendio del 12 y 13 de abril el 45,17% fue plantación renoval de eucaliptos.

42 El día 12 de abril se presentó un muy bajo nivel de humedad, lo que asociado a las altas temperaturas, cercanas a los 30º con viento suroeste predominante constituyeron un escenario reconocido como amenaza que origina incendios forestales.

43 www.gob.cl/2014/09/03/mandataria-anuncia-plan-de-reconstruccion-en-valparaiso-con-inversion-de-510-millones-de-dolares-para-beneficiar-todas-las-familias-afectadas-por-el-incendio/

44 www.biobiochile.cl/2014/05/19/afectados-por-incendio-de-valparaiso-se-manifiestan-acusando-lentitud-en-ayuda-del-gobierno.shtml

BIBLIOGRAFÍA

C.P.P.– Pontificia Universidad Católica de Chile (2012). *Emergencia y Reconstrucción: el antes y después del terremoto y tsunami del 27-F en Chile. Aprendizajes en materia habitacional, urbana y de seguros.*

EIRD (2006). Marco de Acción Hyogo 2005-2015. (EIRD Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres) en: www.unisdr.org/hfa

INDH (2012), "27 F": *Estudio sobre la Reconstrucción Post Terremoto desde una Perspectiva de Derechos Humanos.*

INDH (2014), *Reconstrucción post terremoto 2010 en Chile. Segunda Parte: Período comprendido entre 1 de enero 2012 al 31 de agosto 2013. Informe Final.*

IASC Inter-Agency Standing Committee (2011). *Directrices Operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales.* Mayo de 2011. Publicado Por: Proyecto De Brookings–Bern Sobre Desplazamiento Interno.

Naciones Unidas (2003). *Glosario elaborado por la Oficina del Coordinador para el Socorro en caso de Desastres.*

TERRAM (2012). *Impactos ambientales del terremoto y tsunami en Chile. Las réplicas ocultas del 27F.* Santiago, Chile.



Acceso **a la justicia**

2

1. Personas privadas de libertad en prisión preventiva



1

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN PRISIÓN PREVENTIVA




Fotografías: Jacqueline García (Servicio Médico Legal)



PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN PRISIÓN PREVENTIVA

1

ANTECEDENTES

La cuestión sobre el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad y sobre el sistema penitenciario en Chile ha seguido muy vigente en el debate público este año. A los temas de sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios o la necesidad de mejorar las condiciones carcelarias se suman otros de especial gravedad. Por ejemplo, la difusión de un video en que aparecen numerosos internos en el patio de la cárcel de Rancagua siendo golpeados por funcionarios de Gendarmería, en agosto de 2014, llevó al INDH a visitar dicho establecimiento para luego presentar una querella por tortura en contra de tales funcionarios, la que aún está en trámite[1]. Asimismo, el 17 de octubre, la Corte de Apelaciones de San Miguel acogió un recurso de amparo presentado por la Defensoría Penal Pública (el INDH se hizo parte en el juicio), condenando a Gendarmería por dejar durmiendo a una persona lesionada, durante dos noches, en un baño colectivo del CDP de Puente Alto. Específicamente, la Corte de San Miguel señaló que "el solo hecho de haber permanecido en el baño de la dependencia a la que fue destinado luego del incidente con otro interno, sin que Gendarmería de Chile hubiere adoptado alguna medida inmediata en resguardo de la integridad de [L.G.], reconociendo incluso haber tomado conocimiento del hecho solo a raíz de la interposición de este recurso, importa una vulneración a su derecho a la seguridad individual"[2].

A lo mencionado se suma la preocupación por el uso de la prisión preventiva, tanto en Chile como en toda Latinoamérica. Los estándares internacionales de derechos humanos establecen que todas las personas gozan de libertad personal, que se debe presumir su inocencia en materia penal, y que el Estado solo puede restringir tal libertad excepcionalmente, en los casos en que la ley lo permite. Una de las formas en que la ley permite la privación de la libertad en determinados casos, pese a no existir una sentencia firme, es por medio de la prisión preventiva y, por lo mismo, su aplicación debe ser utilizada para casos excepcionalísimos. No obstante, según un estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), el porcentaje de personas cumpliendo prisión preventiva en Sudamérica es alto, especialmente en Bolivia (84%), Paraguay (73%), Uruguay (65%), Perú (58%) y Venezuela (52%)[3]. En Chile, según información actualizada al 31 de agosto de 2014 por Gendarmería en su página *web*, de un total de 43.436 personas privadas de libertad en el sistema cerrado, 11.471 de ellas están cumpliendo prisión preventiva, lo que equivale al 26,4%, donde la mayoría (11.463) están en calidad de imputados y ocho en calidad de procesados[4].

El INDH ha planteado su preocupación ante la tendencia al abuso de las penas privativas de libertad como manera de enfrentar lo que en ocasiones se acusa como "la puerta giratoria" de los tribunales de justicia. Esta tendencia ha influenciado, en parte, que desde los poderes colegisladores del Estado muchas veces las propuestas legislativas se enmarcan en la lógica del populismo penal, el cual ha sido criticado por el INDH. Por ejemplo, en el Informe Anual 2012, el Instituto planteó que "el populismo penal aleja la política criminal del que debe ser uno de sus objetivos principales en democracia: la resocialización de la persona infractora de la ley.

1 Juzgado de Garantía de Rancagua, RIT 10887-2014, RUC 1300773886-7. Con fecha 16 de octubre se formalizó a 25 gendarmes por el delito de apremios ilegítimos, establecido en el artículo 150 a) del Código Penal. La causa actualmente está en etapa de investigación.

2 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 251-2014-AMP, 16 de octubre de 2014, considerando 5.

3 CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, p. 20-21.

4 Ambos casos (personas imputadas o procesadas) constituyen casos de prisión preventiva donde aún no hay una sentencia firme que establezca la existencia o no de responsabilidad penal. La diferencia está en que el término "procesados" corresponde al sistema de procedimiento penal antiguo (sistema inquisitivo), mientras que "imputados" corresponde a la reforma procesal penal (sistema acusatorio).

Plantear la respuesta penal en su nivel punitivo más alto no permite reflexionar sobre las soluciones diversas a situaciones fácticas que muchas veces requieren de otras instancias de solución y entendimiento. Una legislación de estas características se enmarca en una lógica binaria, donde solo existen dos caminos para quien ejerce jurisdicción: la libertad o la privación de la misma para la persona imputada"[5]. La crítica de la puerta giratoria contrasta, además, con información del Poder Judicial, según la que entre 2006 y 2013, 9 de cada 10 solicitudes de prisión preventiva fueron acogidas por los Juzgados de Garantía. Asimismo, entre enero y noviembre de 2013, las cifras muestran un alto porcentaje de aplicación de la prisión preventiva, especialmente en cuanto al tráfico ilícito de drogas (93,3%), robo en lugar habitado (91,5%) y homicidios (90,5%) (Poder Judicial, 2013).

Es en este contexto que el INDH analiza, en el presente apartado, la situación de la prisión preventiva en el país, tanto para personas adultas y como para adolescentes, entre 2009 y 2013[6]. Se parte revisando los principales estándares internacionales y nacionales de derechos humanos en la materia. Posteriormente, se presentan las principales cifras en materia de prisión preventiva, con un foco en las regiones donde se concentra la aplicación de esta medida, el nivel de escolaridad de las personas afectadas por la prisión preventiva, y el delito por el que se ha decretado la medida, entre otras características. Finalmente, se revisan las dos principales acciones que podrían servir para lograr una reparación de las personas que, habiendo sido objeto de prisión preventiva, fueron posteriormente absueltas o condenadas a una pena distinta de la privativa de libertad.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 9 establece que "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta", agregando en su párrafo tercero que "toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". Finalmente, en el párrafo quinto, el artículo señala que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación". Asimismo, la prisión preventiva también está relacionada con el derecho al debido proceso legal al constituir una excepción a la presunción de inocencia, principio fundamental en todo proceso. El artículo 14 del mismo tratado señala en su párrafo segundo que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Por su parte, en el caso de las personas adolescentes, se debe considerar asimismo el artículo 24, en tanto, "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 7 señala que "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales", y por tanto, "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". El párrafo tercero agrega que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios". Interpretando este párrafo, la Corte IDH planteó que existe "la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá

5 INDH, Informe Anual 2012, pp. 22 y 23.

6 La definición de este período se debe principalmente a que los últimos estudios realizados en Chile son hasta el año 2009, por lo que era necesaria una actualización de estos a partir de esa fecha. Ver, por ejemplo, Mauricio Duce & Cristián Riego, La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto, 2011, Ediciones UDP.

la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena"[7]. También es relevante el párrafo quinto del artículo 7, que señala que la libertad de una persona detenida "podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio". Para la Comisión IDH este párrafo quinto "prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva, los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. Más aún, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas, de tal forma que la mera alegación de este riesgo no satisface este requisito"[8].

El artículo 8 de la CADH, en su párrafo segundo, establece como garantía judicial el que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Esta garantía va de la mano con la prisión preventiva, ya que, como lo señaló la Comisión IDH, "cualquier consideración relativa a la regulación, necesidad o aplicación de la prisión preventiva debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia, y tener en cuenta la naturaleza excepcional de esta medida y sus fines legítimos, establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos [.] El uso excesivo de esta medida es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho"[9].

En cuanto al deber de reparación para casos de prisión preventiva, la Comisión IDH ha planteado que del "hecho de que una persona detenida haya sido posteriormente sobreseída o absuelta no implica necesariamente que la prisión preventiva haya sido aplicada en contravención de las normas de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]"[10]. De todos modos, la Comisión IDH es clara en que "la obligación de reparar las violaciones al derecho a la libertad personal surge de la obligación general de los Estados de reparar adecuadamente cualquier vulneración de los derechos y libertades establecidos en ese tratado [CADH]"[11].

ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO DE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES, Y PUEBLOS INDÍGENAS

Asimismo, debido a la naturaleza altamente invasiva de la prisión preventiva, se deben tener en cuenta las normas específicas de derechos humanos en relación con determinados grupos vulnerados. Así, en cuanto a niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 3, consagra el principio de "interés superior del niño", consistente en que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Desarrollando este concepto específicamente en materia penal, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que "la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes"[12]. Por su parte, la Corte IDH señaló que este interés superior "implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[13]. La CDN también establece, en su artículo 37 literal b, que los Estados Parte deben velar porque "ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La

7 Corte IDH, caso López Alvarez vs. Honduras, 1 de febrero de 2006, párr. 69.

8 CIDH, Justicia juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 2011, párr. 283.

9 CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, párr. 106.

10 CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, párr. 220.

11 CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, párr. 217.

12 Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013, párr. 28.

13 Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, párr. 137.2

detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". El artículo 40, por su parte, establece que "los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad". En el párrafo segundo literal b.i agrega que a todo niño o niña respecto de quien se alegue que ha infringido las leyes penales "se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Por su parte, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (o "Reglas de Beijing"), aprobadas por su Asamblea General en 1985 y que, en su artículo 13, señalan que "solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible", agregando que "siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa"[14].

El artículo 19 de la CADH establece que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Por lo mismo, la Comisión IDH ha instado a los Estados a "garantizar que los niños acusados de haber infringido una ley penal se presuman inocentes y no sean sometidos a medidas de 'protección' a menos de que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un proceso de aplicación de la justicia juvenil"[15].

En el caso de los pueblos indígenas, si bien no hay una norma específica sobre prisión preventiva, se debe considerar que el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, establece en su artículo 10 que "cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales", y por lo mismo, el párrafo segundo del artículo agrega que "deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento". Esta norma no constituye una prohibición absoluta para el tribunal de utilizar la pena privativa de libertad en contra de miembros de pueblos indígenas, sino que es un llamado para que este tenga en consideración sus características económicas, sociales y culturales de modo tal que, al momento de fijar la sanción penal, puedan preferirse penas distintas a las privativas de libertad. En este sentido, si el espíritu de la norma es evitar dichas sanciones para miembros de pueblos indígenas en casos donde se ha determinado la responsabilidad penal de la persona, con mayor razón se deben preferir medidas cautelares distintas a la prisión preventiva o internación provisoria en casos donde aun no se ha establecido la responsabilidad penal.

NORMATIVA NACIONAL

En cuanto a la normativa interna, la Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas en su artículo 19 Nº 7 "el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual". El literal b) del artículo señalado indica que "nadie puede ser privado de su libertad personal ni esta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes". En materia de prisión preventiva, el literal d) agrega que "nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto". Especialmente relevante es el literal e) del artículo al sostener que "la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla". Finalmente, el artículo 19 Nº 7 literal i) establece la acción de indemnización por error judicial de manera tal que "una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el

14 Las Reglas de Beijing fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de noviembre de 1985, resolución 40/33.

15 CIDH, Justicia juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 2011, párr. 170.

que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido"[16].

En cuanto a la presunción de inocencia, la CPR no contiene un pronunciamiento expreso. El artículo 19 Nº 3 regula el debido proceso señalando que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". De todos modos, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que la presunción de inocencia está tácitamente contenida en el artículo 19 Nº 3 de la CPR, ya que "parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas"[17]. Explicando este principio el TC agregó que "importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones –como las medidas cautelares– tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación. En otras palabras, la llamada "presunción de inocencia", como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine iudicio*). Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro reo*)"[18].

A nivel legal, el Código Procesal Penal (CPP) establece en su artículo 4 la presunción de inocencia en los términos que "ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme". Por su parte, la regulación de la prisión preventiva está diferenciada entre personas adultas y adolescentes. Para el caso de personas mayores de 18 años (adultas), el CPP regula la prisión preventiva en el artículo 139 y siguientes, en el sentido que "procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad". Por su parte, el artículo 140[19] establece que una vez formalizada la investigación, el Ministerio Público (MP) o la parte querellante puede solicitar la prisión preventiva para lo cual debe acreditar tres aspectos: (i) la existencia de antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investiga; (ii) que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente su participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y (iii) la existencia de antecedentes calificados que permitieren considerar que la medida es indispensable para el éxito de la investigación o que la libertad de la persona imputada es peligrosa para la sociedad o de la persona ofendida o que existe un peligro de que la persona imputada se dé a la fuga. Sobre este último punto, el artículo 140 del CPP entrega al tribunal elementos para dirimir cuando hay un obstáculo para la investigación o un peligro para la sociedad o la persona ofendida. Así, en cuanto a la investigación, el Código agrega que la prisión preventiva es indispensable cuando "existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente". Para determinar el peligro para la sociedad, el CPP establece que se debe considerar la gravedad de la pena asignada al

16 Esta acción es analizada en detalle en el acápite respecto de medios de reparación en este mismo capítulo.

17 Tribunal Constitucional, Rol 1351, 20 de mayo de 2010, considerando 44.

18 Tribunal Constitucional, Rol 1351, 20 de mayo de 2010, considerando 45.

19 La redacción actual del artículo 140 del CPP fue introducida por la Ley 20.253 que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de Seguridad Ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, también conocida como "agenda corta antidelincuencia". El INDH, en su Informe Anual 2011, criticó esta legislación por ampliar las hipótesis en que la prisión preventiva podía ser otorgada. Ver INDH, Informe Anual 2011, p. 30.

delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos, la existencia de procesos pendientes o el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Luego agrega el Código que "se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley". Finalmente, en relación con el peligro para la persona ofendida, el artículo 140 señala que debe haber "antecedentes calificados que permitieren presumir que esta realizará atentados con contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes".

Por último, el artículo 141 del CPP establece que no procede la prisión preventiva cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, cuando se tratare de delitos de acción privada[20] o cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad.

Si bien la prisión preventiva se establece como una excepción que debe ser aplicada solo para los casos establecidos en el CPP y respetando la presunción de inocencia, hay aspectos en la legislación actual que son contrarios a los estándares internacionales de derechos humanos. De la comparación tanto del texto constitucional como del CPP con los estándares queda de manifiesto que las justificaciones constitucionales y legales de la prisión preventiva exceden el marco jurídico internacional. El artículo 7 de la CADH, en la parte final del párrafo quinto señala que "su libertad [de la persona detenida] podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio", mientras que el artículo 9 del PIDCP, en su párrafo tercero señala que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". Como se observa, en ambos casos la prisión preventiva es una medida excepcionalísima y solo para garantizar la comparecencia de la persona en el juicio. No obstante este estándar, la regulación constitucional y legal agrega una causal no contemplada en el derecho internacional de los derechos humanos (el peligro para la sociedad), la que además es regulada con términos insuficientemente específicos, dejando espacio para una aplicación no apegada a los estándares internacionales.

Especialmente preocupante es el criterio establecido en el artículo 140 del CPP de entender que la libertad de la persona imputada constituye un peligro para la seguridad de la sociedad cuando ella hubiese sido condenada con anterioridad por el delito al que la ley señale igual o superior pena que al delito que actualmente se le imputa. Esto se traduce en que la ley le asigna a la persona imputada nuevas consecuencias penales (la prisión preventiva) a partir de hechos por los cuales ya fue investigada y sancionada. Así, condicionar la prisión preventiva en un caso particular basándose en hechos sobre los cuales ya se estableció una responsabilidad penal, afecta garantías procesales mínimas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación interna[21]. Mediante esta fórmula se le quita al tribunal el rol ponderador de circunstancias fácticas específicas en orden a determinar la procedencia de la prisión preventiva, acotándolo a una verificación de la existencia de una condena anterior para decretar la prisión preventiva originada por hechos posteriores.

Para el caso de las personas adolescentes, además de las normas constitucionales ya vistas, la Ley 20.084 que establece un

20 Por delito de acción privada se entiende aquel que por su naturaleza no puede ser perseguido de oficio por los órganos públicos persecutores, sino que requiere de la actuación de una parte querellante privada para su investigación y sanción.

21 El artículo 8.4 de la CADH establece como garantía procesal que "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". Interpretando este derecho la Corte IDH ha señalado que "este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos". Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú, 17 de septiembre de 1997, párr. 66. Asimismo, el artículo 1, inciso último del CPP establece que "la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho".

sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracción a la ley penal, en su artículo 32, establece que "la internación provisoria en un centro cerrado solo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales"[22]. El artículo exige la concurrencia de dos requisitos: primero, que se trate de un delito que tenga pena de crimen (5 años y 1 día o más) y que sea aplicada de manera subsidiaria cuando ninguna de las otras medidas cautelares haya sido posible de aplicar. Esto es acorde al principio de especialidad, que profundiza las exigencias para el uso de la prisión preventiva en adolescentes, como se señalara al analizar el artículo 37 de la CDN y el artículo 13 de las Reglas de Beijing.

En materia reglamentaria, la regulación principal está en el Decreto Nº 1378 del Ministerio de Justicia que aprueba el reglamento de la Ley 20.084. El artículo 18 del Decreto señala que la administración de los centros de internación provisoria le corresponde siempre y en forma directa al Servicio Nacional de Menores. El párrafo III del Título IV regula los centros de internación provisoria estableciendo en el artículo 135 que el principio de presunción de inocencia informará el régimen al cual se encuentren sometidos los adolescentes en dichos centros. Asimismo, el artículo 136 establece los derechos de los y las adolescentes detenidas e internadas provisoriamente, mientras que el artículo 137 regula el plan de actividades y en el artículo 138 se regula el permiso de salida establecido en el artículo 34 de la Ley 20.084. En relación con los pueblos indígenas, no existe normativa que haga referencia de forma específica a elementos diferenciadores que podrían derivarse del Convenio 169.

22 El artículo 155 del CPP se refiere a "otras medidas cautelares personales" [distintas de la prisión preventiva], como por ejemplo, la privación de libertad total o parcial de la persona imputada en su casa, la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal, la prohibición del salir del país, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o de acercarse a la persona ofendida o su familia, entre otras.

Finalmente, otro aspecto que reconoce la legislación en relación con la prisión preventiva es la existencia de acciones judiciales reparatorias para situaciones en las que la privación de libertad haya sido arbitraria y, por tanto, ilegítima. Además de la ya mencionada acción por error judicial del artículo 19 Nº 7 literal i) de la CPR, el artículo 5 de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público señala que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público". Esta acción, según el mismo artículo, prescribe en 5 años contados desde la fecha de la actuación dañina[23].

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CIFRAS (2009-2013)

A continuación se revisan las cifras correspondientes a la aplicación de la prisión preventiva en Chile entre los años 2009 y 2013. Para una mejor comprensión, se revisarán separadamente las cifras de prisión preventiva (personas adultas), de las correspondientes a internaciones provisorias decretadas en virtud de la Ley 20.084 a adolescentes[24].

Prisión preventiva (personas adultas)

Según información entregada por Gendarmería, en el período bajo análisis existe un total de 148.280 registros de delitos sobre los que se ha determinado la prisión preventiva como medida cautelar de la investigación[25]. En este sentido, hay más delitos que personas privadas de libertad, toda vez que: i) una persona puede presentar más de un ingreso a prisión preventiva entre los años 2009 y 2013; ii) una persona puede presentar solo un ingreso a prisión preventiva durante el período pero por distintas causas; y iii) una persona puede presentar solo un ingreso a prisión preventiva durante el período, por la misma causa asociada a distintos delitos.

23 Tanto la acción constitucional por error judicial como la del artículo 5 de la LOC del Ministerio Público son analizadas con mayor profundidad más adelante en este mismo capítulo.

24 La fuente de la información también es distinta para ambos casos. Mientras para personas adultas la fuente principal es Gendarmería de Chile, para las internaciones provisorias la fuente principal es el Servicio Nacional de Menores. Ambas instituciones entregaron la información solicitada por el INDH para la realización de este capítulo.

25 Gendarmería de Chile, Oficio 1564, del 8 de septiembre de 2014.

CUADRO 1.
TOTAL DE PERSONAS INGRESADAS A PRISIÓN PREVENTIVA (2009-2013)[26]

	2009	2010	2011	2012	2013
Total de personas	23.912	22.614	22.008	24.492	25.112

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Gendarmería.

En el período analizado, el 88,5% de las personas en prisión preventiva son hombres, y un 11,5% son mujeres[27]. Asimismo, se observa que las personas entre 18 y 23, y aquellas de 24 a 29 años son quienes mayoritariamente han cumplido prisión preventiva con un 28,7 y un 23,8% respectivamente como promedio en los cinco años bajo análisis, lo que supera el 50% de las prisiones preventivas decretadas. Del mismo modo, en promedio, entre 2009 y 2013, el 7,3% de las prisiones preventivas han recaído sobre personas con 50 años de edad o más. En cuanto al grupo etario entre 30 y 35 años, si bien no concentran en promedio los porcentajes más altos de prisión preventiva (16,7%), son el único grupo que ha mostrado una tendencia continua al alza en el período bajo análisis en la aplicación de la prisión preventiva (14,8% el 2009; 15,8% el 2010; 16,6% el 2011; 17,5% el 2012; y 18,8% el 2013)[28].

Asimismo, en cuanto al tiempo promedio de duración de la prisión preventiva, se estima que entre 2009 y 2013, una persona habrá estado, en promedio, 121,1 días en prisión preventiva. Cabe destacar que en los dos últimos años bajo estudio (2012 y 2013), el promedio anual ha sido menor (117,1 y 98,1 días, respectivamente), destacando en especial el último año[29].

CUADRO 2.
PERSONAS INGRESADAS A PRISIÓN PREVENTIVA SEGÚN ESCOLARIDAD (2009-2013)[30]

	2009	2010	2011	2012	2013
Sin Escolaridad	1,3%	1,4%	1,3%	1,1%	1,1%
1er Nivel Ed. Básica (1° a 4° básico)	8,6%	8,6%	8,4%	7,8%	7,0%
2° Nivel Ed. Básica (5° a 6° básico)	9,0%	9,0%	8,5%	8,4%	8,1%
3er Nivel Ed. Básica (7° a 8° básico)	25,2%	24,8%	24,8%	24,8%	24,6%
Ed. Básica (Sin Información)	0,2%	0,2%	0,1%	0,1%	0,1%
1er Ciclo Ed. Media (1er a 2° medio)	21,1%	20,4%	20,8%	21,0%	21,0%
2° Ciclo Ed. Media (3er a 4° medio)	28,1%	28,2%	29,1%	29,0%	30,1%
Ed. Media (Sin Información)	0,7%	0,9%	0,6%	0,6%	0,6%
Ed. Superior	5,3%	5,9%	5,6%	6,3%	6,4%
Sin Información	0,6%	0,7%	0,7%	0,8%	0,9%

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Gendarmería.

En cuanto al nivel de escolaridad, el Cuadro 2 muestra el nivel educativo de las personas ingresadas a prisión preventiva los últimos cinco años, destacándose que el 49,8% de ella presenta estudios entre 1° y 4° medio (porcentaje promedio entre los años 2009 y 2013). Si bien representa la mayor concentración de escolaridad, existe una proporción no menor de personas (17,9% en promedio) que no ha logrado terminar sus estudios básicos (hasta 6° básico) o incluso no tiene escolaridad. Por el contrario, aproximadamente el 6% de las personas tienen estudios de educación superior[31].

26 Cifra establecida considerando solo un registro de ingreso por persona por año, es decir, independiente del número de ingresos de la persona durante un año calendario, se contabiliza solo uno de ellos para evitar duplicidad. Sin embargo, si la persona presenta ingresos en años distintos, se contabiliza a dicha persona más de una vez (representada por un solo ingreso en los años que correspondan).

27 Gendarmería de Chile, Oficio 1564, del 8 de septiembre de 2014.

28 Gendarmería de Chile, Oficio 1564, del 8 de septiembre de 2014.

29 Gendarmería de Chile, Oficio 1564, del 8 de septiembre de 2014. Con todo, una lectura completa de la cifra de 2013 debe considerar que la baja del promedio anual no necesariamente obedece a una tendencia, ya que puede estar sesgado por el universo de los datos analizados.

30 Para estos efectos, se exhibe el nivel de escolaridad de la persona al momento del ingreso a prisión preventiva, omitiendo el posible nivel adquirido por medio de oferta programática existente en las unidades penales, en caso que existiese para esta población.

31 Los bajos niveles de escolaridad de quienes están preventivamente en prisión debe ser un tema de preocupación para el Estado, ya que, como lo señaló el Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) “la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”. Ver Comité DESC, Observación General Nº 13, El derecho a la educación (artículo 13), 1999, párr. 1.

CUADRO 3.
DISTRIBUCIÓN DE ESCOLARIDAD POR RANGO ETARIO (2009-2013)

NIVEL ESCOLARIDAD	RANGO EDAD (AÑOS)							TOTAL GENERAL
	18 A 23	24 A 29	30 A 35	36 A 41	42 A 49	50 O MÁS	S/I	
Sin escolaridad	0,5%	0,7%	1,0%	1,3%	2,4%	4,7%	1,8%	1,3%
Total Enseñanza Básica	43,5%	38,4%	39,6%	40,2%	45,2%	48,2%	14,6%	41,6%
Total Enseñanza Media	52,8%	54,6%	51,7%	49,7%	44,3%	37,1%	18,9%	50,5%
Superior	2,9%	5,9%	7,3%	8,4%	7,6%	8,5%	3,3%	5,9%
S/I	0,3%	0,5%	0,5%	0,5%	0,5%	1,5%	61,4%	0,7%
Total general	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Gendarmería.

CUADRO 4.
DELITOS INGRESADOS A PRISIÓN PREVENTIVA, 2009-2013[32]

	2009	2010	2011	2012	2013
Cuasidelitos	0,2%	0,2%	0,2%	0,2%	0,2%
Contra la fe pública	0,2%	0,2%	0,3%	0,3%	0,3%
Contra la libertad e intimidad de las personas	4,0%	4,4%	4,4%	4,4%	4,1%
Leyes especiales	3,7%	3,6%	3,2%	2,8%	2,8%
Delitos económicos	2,2%	2,1%	1,5%	1,8%	1,4%
Delitos funcionarios	0,3%	0,2%	0,1%	0,2%	0,2%
Ley de drogas	18,6%	19,7%	18,1%	17,0%	15,5%
Ley de tránsito	1,1%	1,4%	1,6%	1,6%	1,9%
Delitos sexuales	5,3%	5,1%	4,5%	4,4%	4,1%
Faltas	0,4%	0,5%	0,6%	0,6%	0,6%
Homicidios	3,8%	3,7%	3,3%	3,1%	3,3%
Hurtos	5,2%	5,4%	6,4%	6,6%	7,2%
Lesiones	5,2%	5,7%	5,7%	5,6%	5,1%
Otros delitos	6,0%	7,0%	9,1%	10,9%	10,9%
Otros delitos contra la propiedad	4,2%	5,0%	4,8%	4,8%	5,3%
Robos	23,9%	20,4%	19,7%	18,8%	18,9%
Robos no violentos	13,4%	13,4%	13,6%	13,8%	14,4%
Sin Información	2,5%	2,1%	3,1%	3,4%	3,9%
Total delitos	**28.986**	**27.850**	**28.256**	**31.028**	**32.160**

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Gendarmería.

32 Se debe tener en consideración dos elementos para este cuadro. En primer lugar, el cuadro muestra el total de delitos y no el total de personas en prisión preventiva. La razón de esta situación radica en que una persona puede tener asociada a una causa más de un delito (por ejemplo, se lo juzga en una misma oportunidad por el delito A cometido contra una persona y el delito B cometido contra otra) por lo que, el número de delitos sujetos a prisión preventiva es distinto al número de personas sujetas a esa medida cautelar. En segundo lugar, la categorización delictual utilizada es la desarrollada por el Ministerio Público, toda vez que Gendarmería no categoriza los delitos.

A nivel geográfico, la población que ingresó a los distintos establecimientos penitenciarios de Gendarmería de Chile por esta medida cautelar se concentró en la Región Metropolitana. Para cada año se aprecia que 1 de cada 3 personas que ingresaron a prisión preventiva lo hizo a un recinto penal en dicha región. También se destacan las cifras promedio exhibidas en las regiones de Valparaíso (12%), Libertador Bernardo O'Higgins (7%), Biobío (8,8%), Antofagasta (6,5%) y La Araucanía (5,9%). Contrario a lo anterior, las regiones del extremo sur de Chile muestran un pequeño impacto, en términos comparativos al resto de las regiones. En concreto, en las regiones de Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena se concentra, en conjunto, un promedio de 6,6% de personas ingresadas a prisión preventiva[33].

En cada año, los delitos con mayor peso en el decreto de una prisión preventiva corresponden a delitos de robo y robo no violentos y a delitos establecidos en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (conocida como "Ley de drogas"). Sumando estas categorías, se aprecia una proporción de 55,9%, 53,5%, 51,4%, 49,6% y 48,8% respectivamente sobre el total de delitos para cada uno de los años analizados. Al respecto, la disminución que se presenta año tras año respecto de estos delitos, se ve compensada por el aumento, principalmente, en la proporción de hurtos y otros delitos.

En materia de robos, la mayor parte de los ingresos a prisión preventiva bajo esta categoría delictual corresponde a delitos de robo con intimidación y/o violencia (43,3% y 37,5% respectivamente en promedio en el período bajo análisis), aunque una cifra importante (12,6% en promedio entre 2009 y 2013) corresponde a la comisión de robo por sorpresa. De la misma manera, la mayor proporción de delitos dentro de la categoría delictual de robos no violentos son aquellos robos en lugar habitado o destinado a la habitación (53,3% en promedio entre 2009 y 2013) y aquellos en lugar no habitado (25,3% en promedio durante el período bajo análisis)[34]. Respecto de los delitos especificados en la Ley de drogas, los dos delitos con mayor proporción dentro de esta categoría corresponden a aquellos tipificados como control de microtráfico (36,4% en promedio entre 2009 y 2013) y tráfico ilícito de drogas del artículo 3 de la Ley (44,3% en promedio entre 2009 y 2013).

33 Gendarmería de Chile, Oficio 1564, del 8 de septiembre de 2014.

34 Ibídem.

Internaciones provisorias (adolescentes)[35]

Según información otorgada por el Servicio Nacional de Menores (Sename), entre 2009 y 2013 existe un total de 10.169 ingresos de adolescentes a centros del Sename para cumplir internación provisoria.

CUADRO 5.
PERSONAS INGRESADAS A INTERNACIÓN PROVISORIA (2009-2013)

	2009	2010	2011	2012	2013
Personas ingresadas a internación provisoria	2.980	1.975	1.709	1.720	1.785

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Sename.

Destaca en el desglose de las cifras por año la baja de la población cumpliendo internación provisoria entre los años 2009 y 2010 (de 2.980 a 1.975), y que en los años siguientes se mantuvo en torno a las 1.700 personas cumpliendo esta medida. Al igual que en el sistema para personas adultas, han sido mayoritariamente hombres los que han ingresado a internación provisoria con un promedio porcentual entre 2009 y 2013 del 93,8%, mientras que en el mismo período las mujeres corresponden al 6,2%. En cuanto al tramo etario en la aplicación de las internaciones provisorias, es a los 17 y a los 16 años donde más se aplica esta medida, con un promedio entre 2009 y 2013 del 38,6% y un 29,4%, respectivamente. En el análisis pormenorizado por año llama la atención que los y las adolescentes de 14 años, quienes en 2011 y 2012 habían estado bajo su promedio de los últimos cinco años (6,9%), el 2013 subieron su porcentaje al 7,5%.

35 Todas las cifras que se entregan en este acápite, salvo aquellas donde se especifique lo contrario, son a partir de información entregada por el Sename, mediante Oficio Nº 1638, del 3 de julio de 2014. La base de datos entregada por el servicio público contenía un total de 12.548 registros, los cuales corresponden al total de delitos. En este sentido, hay más delitos que personas, toda vez que pueden ocurrir tres eventos: i) un individuo puede presentar más de un ingreso a internación provisoria entre los años 2009 y 2013; ii) un individuo puede presentar solo un ingreso a internación provisoria durante el período pero por distintas causas; y iii) un individuo puede presentar solo un ingreso a internación provisoria durante el período, por la misma causa asociada a distintos delitos.

CUADRO 6.
PERSONAS INGRESADAS A INTERNACIÓN PROVISORIA POR ESCOLARIDAD (2009-2013)[36]

	2009	2010	2011	2012	2013
Sin Escolaridad	0,1%	0,2%	0,3%	0,1%	0,3%
Ed. Diferencial	0,1%	0,1%	0,2%	0,0%	0,2%
1er Nivel Ed. Básica (1er a 4º básico)	6,0%	6,2%	5,7%	7,2%	5,3%
2º Nivel Ed. Básica (5º a 6º básico)	14,2%	16,8%	16,7%	16,2%	17,8%
3er Nivel Ed. Básica (7º a 8º básico)	27,2%	26,1%	27,0%	27,0%	32,3%
Nivelación Ed. Básica[37]	8,2%	9,8%	8,1%	9,0%	4,5%
1er Ciclo Ed. Media (1er a 2º medio)	27,5%	27,1%	29,2%	26,1%	28,7%
2º Ciclo Ed. Media (3er a 4º medio)	7,0%	7,9%	6,7%	8,4%	8,0%
Nivelación Ed. Media[38]	7,3%	5,0%	5,0%	5,5%	2,6%
Ed. Superior	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%
Programa ASR[39]	1,2%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Sin Información	1,2%	0,8%	1,1%	0,4%	0,3%
Total Población	**2.980**	**1.975**	**1.709**	**1.720**	**1.785**

Fuente: Elaboración propia a partir de información de SENAME.

En cuanto a la duración de la internación provisoria, las cifras muestran que, en promedio, durante los cinco años bajo análisis, una persona habrá estado 81,5 días cumpliendo esta medida. Cabe destacar la disminución que hubo en el promedio anual de duración de la medida en el año 2013, el que fue de 66,7 días, lo cual es menos que el año 2012, donde el promedio fue de 86,2 días. Si bien los promedios de internación provisoria son menores comparativamente a los de adultos, no debe olvidarse que los estándares internacionales establecen que para el caso de los y las adolescentes, la medida cautelar privativa de libertad es excepcionalísima, debiendo preferirse aquellas que restringen en menor medida la libertad de los adolescentes.

En cuanto a la escolaridad, el Cuadro 6 muestra que la mayor parte de la población ingresada a internación provisoria presenta estudios entre 7º básico y 2º medio, concentrando más del 50% de los datos para cada uno de los años bajo estudio, observándose un máximo de 61% en el 2013.

En términos geográficos, la población ingresada a centros del Sename por internación provisoria se concentró especialmente en la Región Metropolitana (40,8% promedio de las internaciones provisorias en el período bajo análisis), lo que implica que, entre 2009 y 2013, cuatro de cada 10 personas que ingresaron a internación provisoria lo hicieron a un centro del Sename en dicha región. Cifras no menores son exhibidas para el mismo período en las regiones de Valparaíso (9,2% promedio) y Biobío (9,0% promedio). Finalmente, debe notarse que las regiones más extremas del país representan una pequeña proporción, por año, de personas que ingresan a internación provisoria, como lo evidencian las cifras promedio entre 2009 y 2013 para las regiones de Arica y Parinacota (0,8%), Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (0,9%) y Magallanes y Antártica Chilena (0,5%).

36 Se debe tener presente que lo criterios para la clasificación de escolaridad no necesariamente son los mismos entre el Servicio Nacional de Menores y Gendarmería de Chile. Por lo mismo, no se hace un análisis comparativo entre ambos.

37 Programa Especial Básica, consistente en nivelación de estudios básicos mediante modalidad flexible que permite obtener certificación de estudios, por medio de la rendición de exámenes libres de validación de estudios de Educación Básica.

38 Programa Especial Media, consistente en nivelación de estudios medios mediante modalidad flexible que permite obtener certificación de estudios, por medio de la rendición de exámenes libres de validación de estudios de Educación Media.

39 Reescolarización para adolescentes privados de libertad, con modelo de intervención "ASR - Programa de apoyo psicosocial y reinserción escolar para adolescentes privados de libertad".

CUADRO 7.
DELITOS INGRESADOS A INTERNACIÓN PROVISORIA (2009-2013)

	2009	2010	2011	2012	2013
Cuasidelitos	0,1%	0,0%	0,1%	0,0%	0,2%
Contra la fe pública	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,0%
Contra la libertad e intimidad de las personas	0,6%	0,5%	0,5%	0,6%	0,6%
Leyes especiales	1,9%	1,6%	1,6%	1,3%	1,3%
Delitos económicos	0,0%	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%
Delitos funcionarios	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Ley de drogas	2,8%	4,2%	2,8%	2,5%	2,6%
Ley de tránsito	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%	0,1%
Delitos sexuales	1,6%	1,8%	2,0%	1,5%	1,4%
Faltas	1,2%	0,3%	0,4%	0,2%	0,4%
Homicidios	5,4%	5,3%	5,8%	5,8%	4,2%
Hurtos	1,3%	0,5%	0,6%	0,8%	0,7%
Lesiones	1,6%	0,9%	1,8%	1,1%	0,6%
Otros delitos	1,8%	1,0%	0,8%	1,0%	0,7%
Otros delitos contra la propiedad	2,0%	2,6%	2,1%	1,8%	2,6%
Robos	56,0%	55,9%	57,5%	55,2%	54,4%
Robos no violentos	19,7%	22,5%	20,4%	24,1%	26,4%
Sin Información	4,1%	2,8%	3,7%	4,1%	4,0%
Total delitos	**3.884**	**2.403**	**2.071**	**2.051**	**2.139**

Fuente: Elaboración propia a partir de información de SENAME.

En cuanto a cuáles son los delitos[40] por los que los y las adolescentes ingresan a internación provisoria, el Cuadro 7 muestra que en cada año, la mayor proporción corresponde a delitos contra la propiedad, particularmente aquellos categorizados como robos y robos no violentos. En concreto, sumando ambas categorías, se obtiene una proporción total de 75,7%, 78,4%, 77,9%, 79,3% y 80,8% respectivamente para cada uno de los años bajo estudio. Así, es posible mencionar que, al menos, siete de cada 10 personas que ingresaron a internación provisoria, lo hicieron por la comisión de un delito de robo o robo no violento.

Una desagregación más específica de las categorías robo y robo no violento, puede ser aún más informativa. En este sentido, los datos provenientes del Sename muestran que, de la población que ingresó a internación provisoria por la categoría de robo, casi la totalidad (96,2% en promedio) lo hizo por el delito de robo con intimidación o robo con violencia (52,8% y 43,4% respectivamente en promedio entre 2009 y 2013). De la misma forma, de aquellas personas que ingresaron a esta medida cautelar por el delito de robo no violento, en promedio entre 2009 y 2013, el 87,4% lo hizo por haber cometido un delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, mientras que el resto corresponde, en general, al delito de robo en lugar no habitado y robo en bienes nacionales de uso público.

PRISIÓN PREVENTIVA Y PUEBLOS INDÍGENAS

Integrantes del pueblo mapuche, en particular procesados por legislación antiterrorista, han sido afectados por largas prisiones preventivas en el contexto de los procesamientos de que han sido objeto por delitos presumiblemente cometidos en el marco de los conflictos por tierra en la región de La Araucanía. Como fuera constatado por la Corte IDH en su fallo en el

40 Se deben tener en consideración dos elementos para la lectura del Cuadro 7. En primer lugar, los datos exhibidos corresponden al total de delitos cometidos que dieron lugar a internación provisoria y no al total de personas sujetas a dicha medida. Esta situación tiene lugar pues una persona puede tener asociada a su causa más de un delito, por lo que, el número de delitos es distinto al número de personas. En segundo lugar, los delitos que se muestran en el Cuadro 7 se basan en una categorización realizada en torno a la clasificación realizada por el Ministerio Público, ya que los datos no contenían categorías claras que permitieran agrupar los delitos registrados por el Servicio Nacional de Menores.

caso Norin Catrimán y otros vs. Chile, ocho personas mapuche procesadas y condenadas por Ley 18.314 (que determina conductas terroristas y fija su penalidad) entre los años 2001 y 2014, sufrieron largos períodos de prisión preventiva. En todos estos casos los períodos de prisión preventiva excedieron el plazo de un año, y como se analiza en la sentencia de la Corte IDH, en la gran mayoría de los casos hubo una denegación sistemática de las revisiones de medida cautelar y solicitud de sustitución de estas. Al respecto la Corte IDH estimó que "las decisiones de adopción y mantenimiento de la prisión preventiva no se ajustaron a los requisitos de la Convención Americana en cuanto a la necesidad de basarse en pruebas suficientes y perseguir un fin legítimo y a la obligación de revisión periódica"[41], agregando posteriormente que "el Estado violó los derechos a la libertad personal, a no ser sometido a detención arbitraria y a no sufrir prisión preventiva en condiciones no ajustadas a los estándares internacionales, consagrados en el artículo 7.1, 7.3 y 7.5 de la Convención Americana, y el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 8.2 de la Convención Americana, todo ello en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana"[42].

ABONO DE LA PENA

La legislación permite –por medio de lo que se denomina abono de la pena– que los días en que una persona estuvo privada de libertad con anterioridad a la condena, sean abonados a la sentencia definitiva[43]. Esta figura también ha sido utilizada para abonar los días privados de libertad en causas por las cuales la persona no fue condenada, a causas posteriores donde la misma persona sí fue condenada, como una manera de resarcir el daño provocado por la prisión preventiva original. Con todo, la Corte Suprema ha estipulado como restricción que ambos procesos deben haber sido tramitados en forma conjunta. Así, por ejemplo, la Corte ha manifestado que "atendido el mérito de los antecedentes [...], de los que se desprende que la investigación correspondiente a la causa Rit Nº 5662-11 del Tribunal de Garantía de Puente Alto, estuvo en condición de tramitarse conjuntamente con aquella por la que actualmente cumple condena, Rit 9113-2011, del mismo juzgado, de manera que es procedente dar aplicación al artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales en relación al artículo transitorio del Código Procesal Penal y reconocer como abono a la pena el tiempo que permaneció privado de ella en la referida causa Rit Nº 5662-11"[44]. Siendo que la regulación de esta figura no fija una restricción temporal, queda la pregunta acerca de por qué la Corte Suprema utiliza un criterio restrictivo para su aplicación al exigir que las causas hayan sido tramitadas conjuntamente. Por su parte, la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó un recurso de amparo constitucional donde se solicitaba el abono de una pena para una persona que cumplió 443 días de prisión preventiva para luego ser absuelta y que, posteriormente, por causas distintas, fue condenada a 61 días por el delito de receptación y a 10 años y un día por robo con intimidación. La Corte rechazó el recurso, ya que el abono en este caso constituye "un atentado en contra del deber del Estado de promover la paz social, y de no incentivar la ejecución de conductas criminales, y existiendo otras alternativas para remediar el posible injusto que se pudo haber cometido respecto del recurrente, como se ha razonado en el motivo anterior, resulta que la presente acción constitucional no puede prosperar y debe ser rechazada"[45]. Cuando la Corte hace referencia a que existen "otras alternativas para remediar el posible injusto que se pudo haber cometido" (los 443 días privado de libertad para luego ser absuelto), está haciendo referencia a la acción que nace del artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público la que, como se analiza en este capítulo, no ha resultado eficaz para resolver esta materia.

Un ejemplo donde el abono de pena fue aplicado es el de Héctor Llaitul, comunero mapuche condenado a 25 años de privación de libertad –condena rebajada posteriormente por la Corte Suprema a 14 años– por el delito de robo con intimidación y homicidio frustrado contra un fiscal. En abril de 2014, el Juzgado de Garantía de Cañete resolvió

41 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, 29 de mayo de 2014, párr. 349.

42 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, 29 de mayo de 2014, párr. 358.

43 La figura legal del "abono" es interpretada a partir de dos artículos específicos. Por una parte, el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales y, por otra, el artículo 348, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

44 Corte Suprema, Rol 5936-2012, 7 de agosto de 2012, considerando único.

45 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 169-2014-AMP, 10 de julio de 2014, considerando 6.

abonar el año y ocho meses que anteriormente Llaitul había cumplido en prisión preventiva por procesos ante la justicia militar[46].

Con todo, una interpretación armónica del abono de la pena con el derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, con el principio de interpretación pro persona, indicaría que si lo que se quiere es resarcir a la persona por los días privados de libertad, el abono podría aplicarse en una causa posterior, aunque esta no haya sido tramitada conjuntamente.

MEDIDAS DE REPARACIÓN

Es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos que toda violación a los derechos humanos debe ser reparada. Como ha señalado la Corte IDH "al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación"[47]. En este sentido, tal como se señalara en un inicio, la legislación interna provee –a priori– dos mecanismos para reparar a la persona que habiendo cumplido prisión preventiva para luego haber sido absuelto o condenado a una pena distinta de la privativa de libertad, busca ser reparada por la afectación a su derecho a la libertad individual: la indemnización por error judicial del artículo 19 Nº 7 literal i de la CPR y la acción indemnizatoria que surge del artículo 5 de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público. A continuación se analizarán ambas acciones mediante sentencias judiciales emitidas durante el período 2009 a 2013.

Acción constitucional de indemnización por error judicial[48]

46 Juzgado de Garantía de Cañete, Causa RUC 0800932944-4, RIT 1144-2008, 29 de abril de 2014.

47 Corte IDH, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, 27 de febrero de 2002, párr. 60.

48 A las sentencias se tuvo acceso mediante el sitio *web* del Poder Judicial. En este sentido, la búsqueda se centró en sentencias dictadas entre el año 2009 y 2013, que en el acápite recursos hubiese señalado alguna de las siguientes frases: "solicitud de declaración previa de existencia de error judicial", "solicitud de indemnización judicial" o "error judicial". Así, se obtuvieron 117 resultados, de los cuales se filtraron aquellas causas no penales y aquellas que, siendo penales, la solicitud no era motivada por un error en la solicitud de prisión preventiva. De esta forma se llega a tres causas.

La jurisprudencia que se analiza a continuación en materia de indemnización por error judicial, da cuenta de los errores o arbitrariedades que tienen lugar con ocasión de la solicitud de prisión preventiva. En los casos analizados, la acción constitucional interpuesta no fue acogida en ningún caso. Los motivos que dan lugar a rechazar las solicitudes guardan relación fundamentalmente con que: i) la acción constitucional del articulo 19 Nº 7 letra i) no procede con ocasión de la solicitud de prisión preventiva, pues esta es una facultad ejercida por el Ministerio Público, y dicha acción procede solo para exigir la responsabilidad que emane del Poder Judicial; ii) este último no tiene responsabilidad en dar lugar a la prisión preventiva si los antecedentes que le expone el fiscal solicitante se aprecian como razonables; y iii) formalmente, la orden de prisión preventiva no implica ni sometimiento a proceso ni una condena, como lo exige la norma constitucional que rige esta acción[49].

Si bien el período bajo análisis es entre los años 2009 y 2013, es interesante partir con una sentencia de la Corte Suprema que es anterior a este período, en la medida en que desarrolla criterios y da luces en torno a los requisitos que se deben tener en cuenta a la hora de presentar esta acción[50].

La demandante de la indemnización de perjuicios alegó que fue privada de libertad por un año luego de ser formalizada por el delito de parricidio, el cual habría cometi-

49 En sentencia de junio de 2014 sobre un caso específico, la Corte Suprema tuvo una interpretación distinta a la que mantuvo durante el período 2009-2013. Ver Corte Suprema, Rol 4921-2014, 9 de junio de 2014. En un sistema judicial donde las sentencias no establecen precedentes vinculantes de efecto *erga omnes*, queda planteada la pregunta acerca de si se mantendrá este criterio o si fue solo un caso aislado.

50 Bajo el sistema procesal penal antiguo (inquisitivo) hubo casos excepcionales donde se acogió la acción de indemnización por error judicial. Ver Salinas Gómez contra el Fisco; Vegas Rojas contra el Fisco; Araya Molina contra el Fisco; y Márquez Fuentes contra el Fisco. También, a propósito del caso "La Calchona", ocurrido en la región del Maule en 1989, donde fue encontrada muerta María Soledad Opazo Sepúlveda, fueron condenados por homicidio calificado José Alfredo Soto Ruz, Juan Manuel Contreras San Martín y Víctor Eduardo Osses a penas entre 5 y 10 años de privación de libertad. Para cuando la Corte de Apelaciones de Talca los absolvió de todos los cargos, los tres acusados ya llevaban cinco años en prisión preventiva. Debido a que la Corte Suprema rechazó la acción de indemnización por error judicial, los tres exacusados acudieron a la Comisión IDH, caso que se resolvió mediante Solución Amistosa, pidiendo el Estado perdón en un acto público y prometiendo revisar la regulación de dicha acción. Ver, CIDH, Informe 32/02, Solución Amistosa petición 11.715, 12 de marzo de 2002.

do contra su cónyuge, hechos por los que le fue impuesta la medida cautelar de prisión preventiva, padeciéndola durante todo el transcurso del procedimiento por el que luego fue acusada, a pesar de lo cual posteriormente fue absuelta por el Tribunal Oral en lo Penal de Chillán. La demandante estimó que la resolución en la que se habría cometido el error judicial por el que pide ser indemnizada es la orden de prisión preventiva, en la cual el Tribunal de Garantía le habría infligido "un injusto y despiadado vejamen, al aceptar […] la imputación de la Fiscalía de ser autora del asesinato de su marido" (Peña, 2008: 37). La Corte Suprema rechazó lo solicitado por medio de un análisis tanto de forma como de fondo.

Respecto de la forma, se abocó a establecer si la resolución que decreta la prisión preventiva puede ser declarada injustificadamente errónea o arbitraria. Al respecto, la Corte afirmó que "la norma constitucional […] autoriza este procedimiento solo respecto de quien ha sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia, por resolución que esta Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria. [E]n el actual Código Procesal Penal […] no existe la antigua resolución por medio de la cual se sometía a proceso a un inculpado, de manera que esta etapa queda excluida como base de sustentación de una acción indemnizatoria. En consecuencia, solo sería procedente reclamar el derecho a ser indemnizado, una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, respecto de quien hubiere sido condenado en cualquier instancia por sentencia que posteriormente la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria"[51]. Continúa la sentencia, dando cuenta de la discusión parlamentaria verificada con motivo de la reforma constitucional del año 2005, en la que se pretendió cambiar esta norma modificando la frase "el que hubiere sido sometido a proceso" por "el que hubiere sido privado de libertad, acusado". El Poder Ejecutivo de entonces propuso reemplazar la expresión "sometido a proceso" por "acusado", sin embargo, no hubo modificación alguna. Debido a lo anterior, el fallo de la Corte señala al respecto que "no prosperó en consecuencia, la alternativa de hacer procedente la indemnización para el caso de ordenarse una prisión preventiva"[52]. En otras palabras, para la Corte Suprema el requisito de haber sido sometido a proceso o condenado, como lo exige el artículo 19 Nº 7 literal i de la CPR, no se cumple con la orden de prisión preventiva, ya que esta ni somete a proceso ni implica una condena.

En un segundo caso ocurrido el 2013, varios absueltos por el delito de incendio solicitaron indemnización de perjuicios, alegando que fueron privados de libertad tras ser formalizados por dicho delito, motivo por el cual se les impuso la medida cautelar de prisión preventiva, luego de lo cual fueron acusados para finalmente ser absueltos en juicio oral. La absolución habría tenido lugar puesto que la imputación se sostenía exclusivamente en un testigo protegido que cambió su versión de los hechos durante el proceso, así como porque el actuar de la policía en diversas diligencias de investigación no fue objetivo. Al respecto, la fiscal judicial en su informe señaló que "la formalización no es una actuación judicial, sino del órgano persecutor, por lo que no cabe injerencia en ésta a la judicatura, y que la prisión preventiva fue otorgada por cumplirse con los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal"[53], agregando que "la formalización, acusación y petición de prisión preventiva son actuaciones que, al ser ejecutadas por el Ministerio Público, se rigen por el artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional de dicho organismo"[54]. Así, la Corte Suprema rechazó esta acción, ya que "de los antecedentes aportados por los solicitantes no aparece elemento alguno que permita calificar como injustificadamente errónea o arbitraria la prisión preventiva que afectó a los actores, motivo por el cual la pretensión será desechada"[55].

El tercer caso en análisis es sobre una persona que demandó indemnización de perjuicios, alegando que fue privada de libertad luego de que fuera formalizada, junto con otros funcionarios de la Policía de Investigaciones, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, motivo por el cual se

51 Corte Suprema, 2 de julio de 2008, Rol 3815-2006, considerando 2. El sometimiento a proceso era una instancia propia del antiguo procedimiento penal, el que, salvo para las causas incoadas con anterioridad a la reforma procesal penal y que estén aun vigentes, ya no se aplica en nuestro país. El Código Procesal Penal actual no contiene la instancia de "sometimiento a proceso".

52 Corte Suprema, 2 de julio de 2008, Rol 3815-2006, considerando 2.

53 Corte Suprema, Rol 7937-2012, 14 de marzo de 2013, considerando 3.

54 Ibídem.

55 Ibídem, considerando 4.

le impuso por parte de Corte de Apelaciones de San Miguel la medida cautelar de prisión preventiva, siendo que el Juzgado de Garantía de San Bernardo solamente le había impuesto la medida cautelar de arresto domiciliario total. Posteriormente, le fue revocada la medida cautelar de prisión preventiva y finalmente fue absuelto en juicio oral, pues se tuvo por establecido que él desconocía la acción ilícita que estaban llevando sus compañeros de labores.

El Consejo de Defensa del Estado –en representación del Estado– señaló como argumento para desechar esta solicitud que "la decisión impugnada no son sentencias condenatorias ni autos de procesamiento, sino que la formalización de la investigación, actuación que compete exclusivamente al órgano persecutor, y la prisión preventiva […] es una medida cautelar que no importa un juicio de culpabilidad por lo que no afecta la presunción de inocencia"[56]. Asimismo, la fiscal judicial, al igual que en el caso anterior, sugirió en su informe que se declare carente de mérito e improcedente la solicitud, debido a que la formalización no es una actuación judicial, sino que una acción del órgano persecutor, quien es quien ejerce la acción penal[57].

En definitiva, la Corte Suprema estableció que "las circunstancias expuestas […] otorgan razonabilidad a la resolución que decretó la prisión preventiva, por cuanto, en ese estadio procesal, la imputación directa efectuada por un copartícipe más el hecho de encontrarse presente en una de las etapas de comisión del ilícito tienen la aptitud suficiente para albergar una presunción fundada de su participación"[58].

En estos tres casos analizados, la acción de indemnización por error judicial establecida en la Constitución Política de la República no arrojó resultados favorables para las personas que, habiendo sido formalizadas y sometidas a prisión preventiva, luego fueron absueltas.

56 Corte Suprema, Rol 7279-2012, 18 de marzo de 2013, considerando 2.

57 Ibídem, considerando 3.

58 Ibídem, considerando 4.

Acción del artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público[59]

Para los efectos del presente apartado se seleccionaron cuatro sentencias[60]. Cabe adelantar que ninguna fue acogida por parte de tribunales. El motivo para rechazar las demandas guarda relación con que no se pudo acreditar que la conducta del Ministerio Público fuera injustificadamente errónea o arbitraria. Los casos analizados muestran que la interpretación judicial, en especial la de la Corte Suprema, ha tendido a establecer un estándar alto de prueba tanto respecto del requisito de la existencia una actuación errónea o arbitraria, como también respecto de qué casos estas están injustificadas. Si bien el Ministerio Público, como órgano persecutor, requiere de autonomía y es tolerable un margen de error que no sea consecuencia de la arbitrariedad para llevar a cabo sus actuaciones en el proceso penal, tales actuaciones no pueden quedar sujetas a criterios vagos y carentes de límites que impliquen que no exista responsabilidad alguna frente a la manera en que se guía la investigación penal.

En un primer caso, los demandantes solicitaron al 2º Juzgado Civil de Talca la indemnización de perjuicios alegando que fueron privados de libertad por casi un año luego de ser formalizados por dos delitos de incendio, hechos por

59 Como ya se señalara, esta acción está consagrada en el artículo 5 de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, al señalar que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público".

60 El Ministerio Público informó de 36 causas desde 2003 hasta agosto de 2014, donde este tuvo la calidad de demandado por indemnización de perjuicios al amparo del artículo 5º de la Ley 19.640. Se procedieron a analizar las 36 causas en la página *web* del Poder Judicial, pero solo se pudo obtener información de 21, pues de las restantes 15 o no había información disponible (13 casos) o el rol informado por el Ministerio Público no correspondía (2 casos). De las 21 causas con información disponible, 9 de ellas quedaron descartadas por referirse a hechos donde el demandante no tenía la calidad de imputado en una investigación penal, pero había sufrido un perjuicio por parte del Ministerio Público por otros motivos. De las 12 causas restantes, 6 de ellas quedaron descartadas por ser hechos en donde el demandante, siendo imputado por el Ministerio Público, no fue sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva. En consecuencia, el universo útil de causas objeto de análisis quedo reducido a 6 casos. De estos, 2 de ellos quedaron descartados en cuanto la acción fue abandonada por el demandante antes de que hubiera pronunciamiento definitivo en primera instancia. Los 4 casos que restan son los analizados en este acápite. Estos casos cumplen con el perfil requerido, pues, si bien no en todos ellos la persona demandante fue sometida a prisión preventiva entre el período 2009-2013, el resultado final de las acciones interpuestas sí fue decidido durante ese período y permite establecer cuál fue el criterio de la jurisdicción durante el período estudiado.

los que fueron sujetos a prisión preventiva, luego acusados y condenados en un primer juicio oral, el que posteriormente fue declarado nulo para ser absueltos en un segundo juicio oral.

En cuanto a la prisión preventiva, señalaron que ésta fue solicitada por el Ministerio Público usando antecedentes falsos o tergiversados, lo que se tuvo por acreditado tanto por el 2º Juzgado Civil de Talca como por la Corte de Apelaciones de Talca, acogiendo ambas instancias lo demandado. Sin embargo, al conocer la Corte Suprema los antecedentes[61], esta revocó la sentencia en voto dividido, negando la indemnización solicitada por los demandantes. Para ello, se refiere en primer lugar sobre el estándar requerido para valorar una conducta como "injustificadamente errónea y arbitraria". En tal sentido sostiene que "para el acogimiento de la demanda no basta con que el proceder del ente perseguidor sea meramente equivocado, inexacto o desacertado, sino que también debe estar falto de justificación"[62].

Dicho lo anterior, la Corte Suprema agregó que, en atención a la prueba rendida y su valoración, pudo concluir que "la prisión preventiva que los afectó con ocasión de la investigación de los delitos de incendio tantas veces referidos no se basó en los medios de convicción que califican de falsos, tergiversados o inexistentes, sino que se fundó en otros antecedentes, que las propias resoluciones citan y que consisten, sucintamente, en prueba pericial, indiciaria y testimonial"[63], de modo tal que negó la existencia de una relación de causalidad entre el antecedente tergiversado que se invocó y la concesión de la prisión preventiva que afectó a los demandantes[64]. La Corte rechazó la indemnización solicitada en razón de que "las conductas imputadas al Ministerio Público no pueden ser conceptuadas como injustificadamente erróneas o arbitrarias, pues salta a la vista que si bien mediaron actuaciones de dicho órgano público que pueden ser definidas como equivocadas, ellas se basaron en los antecedentes existentes en la investigación llevada a cabo o, de no ser así, resultaron irrelevantes en la adopción de las decisiones del tribunal, situación que impide concebirlas como faltas de justificación, caprichosas o irracionales, particularmente si, como ha quedado dicho más arriba, la privación de libertad de los hoy día demandantes no se debió a ellas y su absolución no obedeció a que se haya "establecido la inocencia de los imputados, sino porque no se pudo comprobar que solamente ellos hayan podido dar origen a los hechos investigados"[65].

Por su parte, en su voto disidente, el Ministro Sergio Muñoz estuvo por ratificar las sentencias de las instancias anteriores, ya que el actuar del Ministerio Público en este caso "configur[ó] una 'conducta injustificadamente errónea o arbitraria' […] en los términos exigidos por el artículo 5 de la Ley Nº 19.640 pues, sin duda alguna, la reticencia mostrada a la hora de poner a disposición de la judicatura los antecedentes a que se ha hecho referencia más arriba no puede ser entendida sino como un proceder arbitrario, esto es, guiado por el mero capricho de la autoridad de que se trata o, al menos, injustificadamente erróneo"[66].

En un segundo caso, dos hermanos demandaron indemnización de perjuicio, alegando que fueron privados de libertad al ser formalizados por el delito de abigeato, hechos por el que fueron sujetos a prisión preventiva para luego ser sobreseídos definitivamente por la causal de artículo 250 literal b del Código Procesal Penal, es decir, cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado. Cabe señalar que, previo a la declaración de sobreseimiento definitivo, el Ministerio Público decidió no perseverar en la investigación, y que ese fue el motivo por el cual cesó la prisión preventiva de los imputados. Ante tales circunstancias, el tribunal estimó que "no puede menos que estimarse que en el caso sub-júdice, la imputación de los actores como supuestos responsables de un ilícito cuya investigación no llegó a su fin, se realizó dentro de un procedimiento legal, regular, de ordinaria ocurrencia; por consiguiente, no se advierte, por un lado, la falta de servicio que se alega, y por otro, el hecho ilícito que se imputa"[67].

61 Corte Suprema, Rol 5911-2011, 11 de julio de 2013.

62 Ibídem, considerando 13.

63 Ibídem, considerando 9.

64 Ibídem, considerando 12.

65 Corte Suprema, Rol 5911-2011, 11 de julio de 2013, considerando 14.

66 Corte Suprema, Rol 5911-2011, 11 de julio de 2013, voto disidente Ministro Muñoz, considerando 11.

67 1er Juzgado Civil de Concepción, Rol 7588-2009, 13 de diciembre de 2011, considerando 11.

En un tercer caso, una persona demandó indemnización de perjuicios alegando que fue privada de libertad luego de ser formalizada por el delito de robo con violencia, hecho por el que fue sujeta a prisión preventiva por 11 meses y por el que luego fue absuelta en juicio oral, sosteniendo que los antecedentes que fundaron la formalización y la solicitud de prisión preventiva realizada por el Ministerio Público eran falsos.

Sin embargo, de la prueba rendida, el tribunal civil determinó que el demandado fue formalizado no solo por el delito de robo con violencia, sino que también por los delitos de receptación y por el delito de uso de placa patente adulterada, y que se decretó la prisión preventiva por los antecedentes que fundamentaban cada uno de los distintos hechos que le eran imputados[68]. El tribunal civil, asimismo, recalcó que la medida cautelar fue revisada y confirmada en cuatro oportunidades diversas por el Juzgado de Garantía correspondiente[69]. Así, para el tribunal civil, "la decisión de disponer para el actor la medida cautelar de prisión preventiva se justificó más que nada en la imputación del delito de robo con violencia, cuya pena de crimen justificaba la aplicación del artículo 140 del Código Procesal Penal. Lo anterior queda más claro si se considera que, una vez que fue retirada la formalización por el delito de receptación, el Juzgado de Garantía de Yungay mantuvo en dos oportunidades posteriores la misma medida cautelar"[70]. En virtud de lo anterior, el tribunal concluye que "en el caso de autos, los daños que el actor estima consecuencia del supuesto obrar erróneo y arbitrario del Ministerio Público, aun de ser efectivos, no son la causa de la prisión que le afectó por espacio de 11 meses, puesto que ella no solo fue dispuesta en la audiencia de formalización de 16 de enero de 2006, donde los documentos enmendados fueron exhibidos, sino que fue mantenida por el Juzgado de Garantía de Yungay en cuatro oportunidades posteriores, incluso cuando ya no contaba con la formalización del delito de receptación, sobre el que tales antecedentes eran prueba de los hechos y la participación del demandante"[71]. En un sentido similar se pronunció la Corte de Apelaciones de Concepción, que confirmó la sentencia de primera instancia[72].

Un cuarto caso se refiere a la demanda de indemnización de perjuicios de una persona que alegó haber sido sometida a prisión preventiva por aproximadamente cuatro meses al ser formalizada por el delito de robo con violencia, hecho por el que posteriormente el Ministerio Público ejerció la facultad de no perseverar en la investigación. En este caso la persona imputada pasó por distintas medidas cautelares, partiendo por la más gravosa (prisión preventiva, la cual fue revisada y confirmada en cuatro oportunidades), pasando por arresto domiciliario y luego firma mensual, hasta que el Ministerio Público ejerció su facultad de no perseverar en la investigación[73].

La Corte Suprema, conociendo del caso, señaló que "la actuación del fiscal representante del Ministerio Público no había sido injustificadamente errónea o arbitraria. Para llegar a esa conclusión no solo se consideró que la etapa procesal en que se encontraba la causa era de investigación, en que el nivel de certeza exigible para la imputación de un hecho resulta satisfecha *prima fascie* con las diligencias de investigación a la fecha realizadas y que la conducta del ente persecutor se ajustó al procedimiento según su personal percepción racional que tenía, que es la crítica que efectúa el recurrente al alcance que los sentenciadores habrían dado al artículo 5 de la Ley 19.640, sino además que existían dos testigos presenciales de los hechos que habían prestado declaración en orden a reconocer como uno de los asaltantes al actor, que lo identificaron en rueda de imputados y en la exhibición fotográfica; que las audiencias se verificaron con la asistencia de todos los intervinientes, existiendo en consecuencia los debidos contrapesos en las pretensiones de las partes; y que la decisión jurisdiccional se determinó con la valoración de todos los antecedentes aportados a la fecha. En este sentido, no se probó que el Ministerio Público hubiera ocultado o tergiversado la realidad para obtener

68 3er Juzgado Civil de Concepción, Rol C-9176-2009, 3 de agosto de 2011, considerando 8.

69 Ibídem, considerando 9.

70 Ibídem, considerando 17.

71 3er Juzgado Civil de Concepción, Rol C-9176-2009, 3 de agosto de 2011, considerando 17.

72 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1924-2011, 26 de junio de 2012, considerandos 5 y 8.

73 Corte Suprema, Rol 2762-2009, 6 de julio de 2011, considerando 13.

una determinada decisión en lo que se refiere a la mantención de la prisión preventiva del imputado"[74].

Para la Corte Suprema, la exigencia legal en torno a que la conducta imputada sea errónea y arbitraria se complementa con el requerimiento de que ello sea, además, injustificado. Sostiene que "esta exigencia tiene tal dimensión porque la requiere la actividad investigativa criminal, la que como otra cualquiera realizada por el ser humano está expuesta a incurrir en equivocaciones o desaciertos, los cuales son explicables a causa de las limitaciones inherentes a la naturaleza del hombre, de cuyas virtudes y defectos participan, como es obvio, los fiscales"[75].

El estándar probatorio que aplica la Corte Suprema en los casos analizados estaría en tensión con la vaguedad con que el artículo 140 del CPP plantea las hipótesis de aplicación de la prisión preventiva, en especial en cuanto al peligro para la sociedad. En este sentido, mientras la ley contempla diversas hipótesis de aplicación de esta medida que son vagas en su redacción, la responsabilidad de los agentes estatales en la aplicación de esta medida queda sujeta a altos estándares que impiden el establecimiento de tales responsabilidades. Esto podría servir como incentivo perverso para el Ministerio Público, en el sentido de que si son escasas las posibilidades de ser sancionado en virtud del artículo 5 de la Ley del ente persecutor, entonces no habría riesgo en solicitar reiteradamente la prisión preventiva, lo que afecta asimismo el carácter excepcional de esta medida.

74 Corte Suprema, Rol 2762-2009, 6 de julio de 2011, considerando 16.

75 Ibídem.

BIBLIOGRAFÍA

Centro de Estudio de Justicia en las Américas (2013). *Prisión preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate.* Santiago.

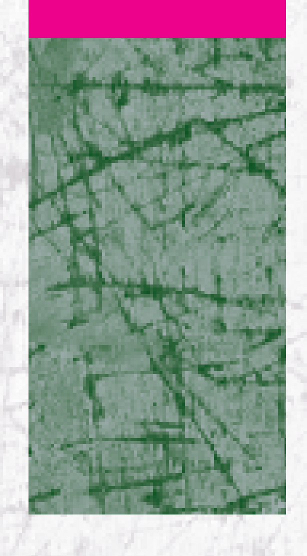
Duce, M., & Riego, C. (2011). *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto.* Santiago: Ediciones UDP.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos Humanos en Chile.* Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

Morales, A., Muñoz, N., Welsch, G., & Fábrega, J. (2012). *La reincidencia del sistema penitenciario chileno.* Paz Ciudadana.

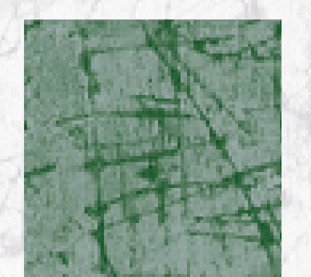
Nash, C. (2009). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Santiago.

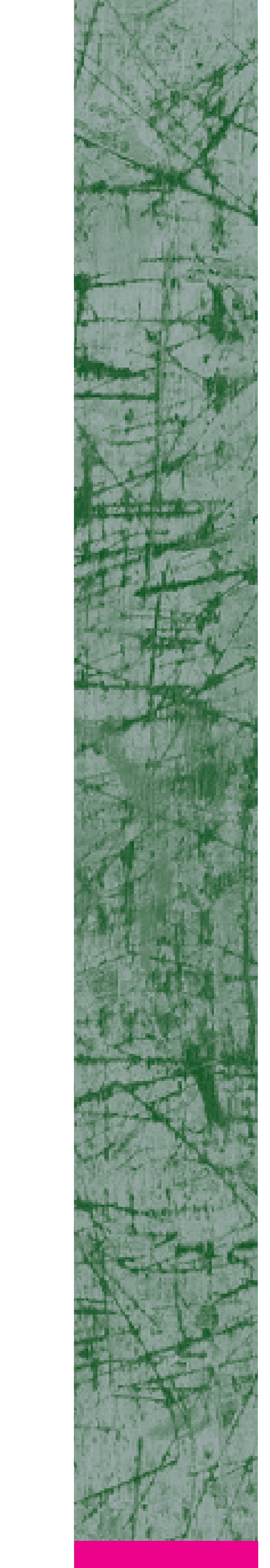


Ejercicio de derechos **sin discriminación**

3

1. Trabajo no remunerado en el ámbito doméstico
2. Autonomía de las personas con discapacidad mental
3. Derechos de las personas afrochilenas
4. Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales
5. Derecho a la libertad religiosa



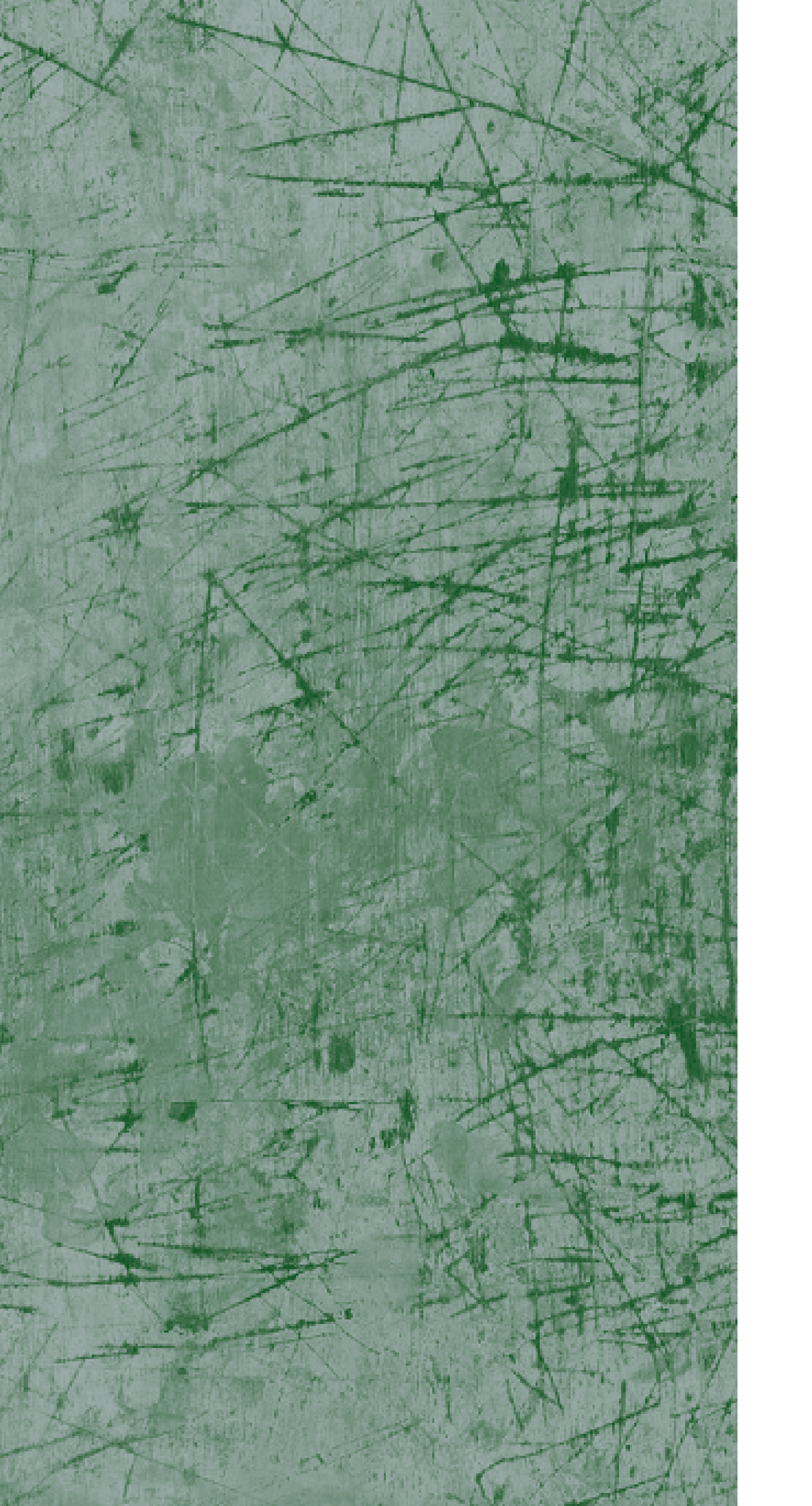


1

TRABAJO NO REMUNERADO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO



Fotografía: Enrique Cerda



1 TRABAJO NO REMUNERADO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

ANTECEDENTES

El 15 de julio de 2014 se promulgó la Ley 20.761, y con ello, los padres trabajadores podrán hacer uso de un permiso de hasta una hora al día para alimentar a sus hijos o hijas de hasta 2 años de edad, permiso que hasta esa fecha era exclusivo para las madres trabajadoras. La reforma se suma a una lenta pero sostenida generación de oportunidades ofrecidas por la normativa laboral para una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares, reconociendo que, en efecto, las trabajadoras en Chile deben conciliar sus obligaciones laborales con otras tareas derivadas del rol exclusivo que aún ocupan en el cuidado y crianza de los hijos e hijas así como en las tareas domésticas. En este sentido, la iniciativa denota una creciente visualización de que el gasto de esfuerzo y energía humana que estas tareas demandan constituyen un tipo de trabajo –el trabajo doméstico no remunerado– que no cuenta con el reconocimiento económico ni con la protección legislativa y de política social que recibe el trabajo remunerado.

Esta realidad, silenciosa pero apremiante en tantos hogares, tiene múltiples efectos sobre los derechos de las mujeres, tanto de las que trabajan remuneradamente como de aquellas que destinan buena parte de su vida a la crianza de hijos o hijas, que pierden oportunidades laborales, logran menor acceso a formación o especialización y dejan de aportar para su jubilación, además de otras limitaciones a su autonomía, desarrollo y participación social y política. La creciente importancia que los organismos internacionales de derechos humanos y algunos gobiernos están dando a esta problemática se refleja en el mandato que entregó la Asamblea General de las Naciones Unidas a la ex-Relatora Especial sobre la extrema pobreza de elaborar un informe sobre el trabajo doméstico no remunerado (2013) y sus efectos sobre los derechos humanos de las mujeres.

El trabajo doméstico no remunerado se lleva a cabo en dos grandes áreas: la producción de bienes y servicios para el grupo familiar (cocina, lavado, planchado, limpieza, compras), también denominadas "tareas domésticas", y la entrega de cuidados (alimentar, vestir, asear, acompañar) a personas que requieren apoyo para sus funciones básicas (niños/as, adultos/as y/o personas mayores en situación de dependencia temporal o permanente, por enfermedad, accidente o discapacidad)[1]. Esta agrupación es utilizada por diversos organismos y autores, entre ellos por la ex-Relatora Especial sobre la extrema pobreza, quien señala: "Para fines del presente informe, el trabajo doméstico no remunerado incluye el trabajo doméstico (preparación de comidas, limpieza, lavado de ropa, acarreo de agua y combustible) y el cuidado directo de personas (incluidos niños, personas de edad y personas con discapacidad, así como adultos hábiles) en hogares y comunidades" (2013: párr. 3).

Se trata de una carga de trabajo que recae principalmente sobre las mujeres, quienes considerando el tiempo de trabajo remunerado y el no remunerado, suman sistemáticamente mayores horas de trabajo que los hombres, en todos los sectores socioeconómicos, aun cuando la sobrecarga de trabajo doméstico no remunerado es mayor en los grupos

1 El derecho internacional de los derechos humanos reconoce en la familia a un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, que deben recibir la asistencia y protección necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, si bien no define dicho concepto de modo alguno. Ver A/HRC/26/L.20 del 23 de junio de 2014, sobre protección de la familia.

de menores ingresos. Lo mismo ocurre en todo el mundo, como lo ha documentado recientemente Naciones Unidas en el Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2013) sobre el trabajo doméstico no remunerado y sus efectos sobre los derechos humanos y la pobreza. La preocupación de la comunidad internacional se inscribe tanto en los desafíos del desarrollo con equidad y superación de la pobreza como en el logro de la igualdad de género –en el sentido de superar la desigual distribución de roles, deberes y derechos entre mujeres y hombres– y el reconocimiento efectivo del aporte de las mujeres al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad.

La escasa visibilidad económica y social del trabajo doméstico no remunerado, un uso de tiempo y energía física que no tiene valor de mercado, ni se considera en las mediciones de la riqueza nacional, se explica por su concepción naturalizada, como parte del rol social asignado a las mujeres. La creciente integración de las mujeres al mercado de trabajo y la vida pública, las demandas de los movimientos feministas, las recomendaciones del sistema internacional y los avances de las disciplinas académicas que conceptualizan el trabajo doméstico no remunerado como actividad productiva y fundamento oculto del sistema económico (Picchio, 2009), han ido presionando para el reconocimiento de la importancia de ese trabajo, la necesidad de asumirlo como una responsabilidad social y su integración como actividad productiva a los sistemas de cuentas nacionales y a las políticas públicas[2].

El presente apartado identifica los estándares internacionales de derechos humanos en materia de trabajo doméstico no remunerado, expone los efectos de su sobrecarga para los derechos humanos de las mujeres de distintas edades, y examina la situación nacional tanto en términos de antecedentes empíricos como de normas y políticas públicas.

2 La descripción del trabajo doméstico no remunerado como actividad productiva y la necesidad de incluirlo en las mediciones del tiempo de trabajo se encuentra en la Resolución I de la 18ª. Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo sobre la medición del tiempo de trabajo (OIT, 2008a, párrafos 4, 5 y 6).

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El abordaje de las problemáticas de derechos humanos derivadas de la desigual distribución del trabajo doméstico no remunerado se afinca en los principios de igualdad y no discriminación que dan origen al sistema internacional de los derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[3] contiene varias disposiciones al respecto, incluidas la igualdad de derechos y de responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio y en caso de su disolución (Art. 23, Nº 4) y el derecho de todo niño, "a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado"[4] (Art. 24, Nº 3).

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW)[5] avanza sobre los sentidos de la igualdad entre el hombre y la mujer afirmando desde el preámbulo que para su logro "es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia", un propósito que repite como mandato en el artículo 5º. En ese sentido, señala que en los diferentes espacios de la vida social, política, económica y familiar, se precisa eliminar discriminaciones y estereotipos sobre mujeres y hombres[6].

Adicionalmente, la CEDAW apela a una mayor responsabilidad de la sociedad en el cuidado de las personas. Es así como llama a "una comprensión adecuada de la maternidad como función social" (Art. 5, b), reforzando la idea de que para la plena igualdad de mujeres y hombres no basta con una igual distribución de tareas en el hogar, sino que es

3 Ratificado por Chile en 1972.

4 Ver nota 1.

5 Ratificada por Chile en 1989.

6 Los estereotipos sobre mujeres y hombres se refieren a las concepciones producidas culturalmente sobre papeles, características, capacidades y ámbitos de la sociedad más pertinentes a cada uno, las que se expresan en discriminación en diversos ámbitos. Además de la abundante indagación sobre el tema producida por filósofas, sociólogas, economistas, juristas, antropólogas, cientistas políticas e historiadoras, puede consultarse el texto de Manuel Castells "El fin del patriarcado: movimientos sociales, familia y sexualidad en la era de la información", en el Volumen II de su trilogía "la Era de la Información," siglo XXI Editores, 2001, pp. 159 a 270 y el capítulo "Género y sexualidad" en el clásico manual "Sociología" de Anthony Giddens (Alianza Editorial Madrid, varias ediciones).

necesario, entre otros cambios, "Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública" (Art. 11, c)[7].

El concepto que propone la CEDAW de la maternidad como función social pone el acento en las necesidades de cuidado de niñas y niños, pero el desarrollo del derecho internacional ha ido ampliando de manera creciente la noción de cuidado de las personas hacia otros grupos que también lo requieren y sobre los cuales hay responsabilidad familiar, social y estatal.

En ese sentido, el Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares[8] establece que su aplicación incluye, además de aquellos/as con responsabilidades de crianza: "(…) a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén (…), (Art.1, N° 1). El instrumento hace referencia explícita a las obligaciones del Estado y la comunidad respecto de familiares que necesitan "cuidado o sostén", y en su artículo 5 establece: "Deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: (…) (b) desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar".

Desde esta misma perspectiva, otras convenciones han mandatado a los Estados promover o proveer servicios –ya sea para apoyar a las familias o para asegurar el adecuado cuidado y ejercicio de derechos de las personas que lo requieren– en el caso de niñas y niños (Convención de Derechos del Niño[9] Artículo 18, N° 2 y 3), y de las personas que viven con discapacidades (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[10], arts. 23, 24 y 25).

7 La construcción de las identidades masculinas y sus dificultades para adaptarse a los cambios en las relaciones de género ha sido abordado en Chile por José Olavarría, Teresa Valdés y otros autores y autoras desde hace unas dos décadas, en textos como "Masculinidad/as, poder y crisis" (ISIS, 1997) y Masculinidad/es. Identidad, sexualidad y familia (FLACSO-Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 2000), entre otros.

8 Ratificado por Chile en 1994.

9 Ratificada por Chile en 1990.

10 Ratificada por Chile en 2008.

El tema está incluido asimismo en las propuestas avanzadas hacia la Convención Internacional de los Derechos de las Personas Mayores (Huenchuan, 2013).

La desigual distribución del trabajo doméstico no remunerado tiene efectos sobre el disfrute de algunos derechos humanos por parte de las mujeres. Es el caso del ejercicio del derecho a trabajar, a condiciones adecuadas de trabajo, a la protección social, a la educación y disfrute del nivel de salud más alto posible, y a la participación política y social, entre otros.

Derecho a trabajar. El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales[11] señala que toda persona debe tener "la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado", (art. 6°. 1) y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 11) establece que mujeres y hombres deben poder ejercer este derecho en condiciones de igualdad. Las convenciones reconocen que la concentración de responsabilidades familiares no facilita el ejercicio de este derecho a las mujeres. De manera explícita, el Convenio 156, de OIT se define por su aplicación a trabajadores con responsabilidades familiares "cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella" (Art. 1.2).

Derechos laborales. El trabajo doméstico no remunerado debe considerarse asimismo desde la perspectiva del Artículo 7 del PIDESC, referido a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, considerando que las personas que se dedican a este de manera exclusiva no cuentan con reconocimiento formal de derechos como "el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo (….)" (art. 7 b), entre otros. Estos derechos se ven cuestionados en el caso de quienes combinan trabajo remunerado y no remunerado, hecho reconocido por OIT en el Convenio 156, que identifica las responsabilidades familiares de las y los trabajadores como fuente de discriminaciones y obstáculo al disfrute de los derechos laborales. Pero más precaria aún es la situación de quienes se dedican exclusivamente a las tareas domésticas y de cuidado

11 Ratificado por Chile en 1972.

en el hogar, puesto que se trata de un tipo de actividad no reconocida jurídica ni económicamente como trabajo productivo, por lo que no genera reconocimiento de ningún derecho laboral.

El *derecho de toda persona a la seguridad social* es reconocido tanto por el PIDESC (Artículo 9) como por la CEDAW, que en su artículo 11.e establece que las mujeres deben gozar en igualdad de condiciones que los hombres del derecho a la seguridad social, "en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas". Lo mismo que en el caso de los derechos laborales, estos se encuentran por lo general supeditados a la participación en un trabajo remunerado formal, por lo que las personas no integradas a la actividad económica no acceden a ellos, salvo en los casos en que los Estados provean servicios específicos para personas afectadas por enfermedades, o invalidez, o que cuenten con un sistema de pensiones no contributivas de vejez.

La falta de reconocimiento y valoración del trabajo doméstico no remunerado se hace crítica al llegar a la vejez, como es el caso de muchas mujeres que han trabajado en su hogar toda la vida sin remuneración. En los sistemas contributivos, las mujeres que han trabajado remuneradamente ven su pensión reducida por haber destinado parte de su edad productiva a la crianza de hijos/as o el cuidado de personas dependientes. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general Nº 6[12], precisa la obligación de los Estados de asegurar ingresos a todas las personas –a partir de cierta edad– que carezcan de ingresos y/o no califiquen para una pensión contributiva.

Derecho a la participación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 25, los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y ser elegido en elecciones periódicas libres y a tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Entre los diversos factores que se unen para que en la mayor parte de los países no exista una igual participación de las mujeres en los cuerpos elegidos y los espacios de decisión pública, la carga de trabajo doméstico no remunerado ocupa un lugar no menor. Como argumenta el informe mencionado de Naciones Unidas sobre trabajo doméstico no remunerado y pobreza (2013, op. cit.), dicha carga no solo reduce el tiempo disponible para ser partícipe de actividades públicas, sino que se asocia a la infravaloración económica y social de la actividad doméstica y a la falta de poder de quienes la realizan.

El *derecho a la salud.* El PIDESC, en su Artículo 12, reconoce "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". El trabajo doméstico no remunerado excesivo, o su realización en condiciones inadecuadas, puede afectar este derecho de diversas formas. El mencionado informe de la Relatora Especial para la extrema pobreza[13] señala:

> *El esfuerzo físico y emocional del trabajo doméstico no remunerado puede tener efectos perjudiciales sobre la salud física y mental de quienes lo ejercen, ya sea por su duración excesiva, por la exigencia física, por el aislamiento, o la falta de tiempo para otras actividades, incluido el esparcimiento, y los vínculos sociales. Al desconocer el trabajo de cuidado como un factor de riesgo se está incumpliendo con las obligaciones de preservación de la salud.*

La actividad doméstica puede constituirse a la vez en un impedimento para el acceso a los servicios de salud disponibles. Por otra parte, las carencias en servicios públicos de salud para las personas que requieren cuidados especiales, como enfermos postrados u otros con alto nivel de dependencia, agravan la recarga doméstica de cuidados y reducen la calidad del cuidado recibido en el hogar. Es decir, distintos aspectos del acceso a la salud, tanto de quienes cuidan como de quienes recibe cuidados, se ven afectados por el exceso de trabajo doméstico no remunerado, en condiciones de desigualdad de género.

El *derecho a la educación*, reconocido en el artículo 13 del PIDESC, y en el Artículo 28 de la Convención de los

12 Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad", Observación general Nº 6 (E/C.12/1995/16/Rev.1), Ginebra, 1995.

13 Informe de la ex-Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, presentado al 68º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, agosto 2013, párrafo 44.

derechos del Niño[14] se ve con frecuencia obstaculizado para quienes tienen responsabilidades del trabajo doméstico no remunerado, en diferentes edades. Por esta razón, la CEDAW compromete a los Estados, en su artículo 10 (f), a "la reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente". Atribuye además a la educación un papel relevante en "la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza" (10.c), que está en la base de la desigual distribución de las responsabilidades domésticas y de cuidado.

Una referencia especial merecen los *derechos de niñas, niños y adolescentes* cuando ellos o ellas se ven inmersos en el trabajo doméstico no remunerado. Además de entrar en conflicto con el derecho a la educación, este puede colisionar con el derecho al descanso y esparcimiento del que son titulares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Derechos del Niño y con el Artículo 32 sobre protección "contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social". En esta línea, la Conferencia de Estadísticas del Trabajo de OIT (2008b, párr. 37) ha establecido que los servicios domésticos no remunerados prestados por los o las menores de edad en su propio hogar constituyen una forma de trabajo peligroso –es decir, un trabajo perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño– cuando son realizados en horarios prolongados, en un medio insalubre, o en lugares riesgosos. La definición está sustentada en el art. 3.d del Convenio 182 de OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil[15]. Sin embargo, los instrumentos sobre trabajo infantil están concebidos para la protección de niñas y niños contra la explotación económica por parte de un empleador o patrón, y en este sentido, no se refieren de manera inequívoca al trabajo doméstico no remunerado infantil. Más aún, OIT (2002) mantiene vigentes textos orientadores en que se excluye explícitamente del trabajo infantil las "actividades como la de ayudar, después de la escuela y realizados los deberes escolares, en los trabajos de la casa o el jardín, el cuidado de los niños o cualquier otra labor ligera", sin desarrollar la posibilidad de que las ayudas traspasen la categoría de "labor ligera".

Igualdad y no discriminación. De lo expuesto hasta aquí se desprende que el desigual reparto del trabajo doméstico no remunerado, tanto en su aspecto de cuidado de personas como de producción de bienes y servicios para el grupo familiar, puede considerarse como base de la discriminación de las mujeres. A ello se refiere CEDAW, al afirmar que "el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación" y al reconocer que "para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia".

Es en este sentido que la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos (2013, párr. 13) sostiene que "abordar las responsabilidades del trabajo doméstico es un componente esencial de las obligaciones contraídas por los Estados para asegurar la igualdad entre los géneros en el hogar, el trabajo y la sociedad en general".

NORMATIVA NACIONAL

Los estándares internacionales revisados se vinculan a los mandatos constitucionales de igual dignidad y derechos de todas las personas (art. 1), a los derechos de ciudadanía (art. 13º), y a otros relativos a participación política y social, presentes en la Constitución Política de Chile. Asimismo, tienen relación con diversos derechos establecidos en el artículo 19, como a la protección de la salud (9º), a la educación (10º), a la libertad de trabajo y su protección (16º), y a la seguridad social (18º), entre otros.

Las normas legales que abordan de manera específica las responsabilidades familiares han experimentado un paulatino avance hacia la nivelación de responsabilidades entre mujeres y hombres, y hacia el reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado, tanto en la legislación sobre familia como en la legislación laboral, particularmente en lo

14 Ratificada por Chile en 1990.

15 Ratificado por Chile en julio de 2000.

que respecta al cuidado de hijos e hijas. Un primer reconocimiento en la legislación de familia tuvo lugar en 2004, con la reforma a la Ley 19.947 de matrimonio civil, que establece, en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación al "menoscabo económico" que hubiere sufrido aquel de los cónyuges que "…como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común (…) no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería (…)" (art. 61).

Entre los cambios recientes a la normativa sobre familia puede consignarse la Ley 20.680 de 2013[16], que introduce al Código Civil el concepto de corresponsabilidad, integrando a este cuerpo legal el siguiente texto (Artículo 1°. 3, inciso 2): "El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes".

El concepto de corresponsabilidad no modifica sino que complementa el propósito de protección a la maternidad presente en la normativa laboral[17], cuya finalidad es asegurar el cuidado de la mujer gestante, evitar o sancionar la discriminación de las mujeres trabajadoras por embarazo o maternidad, y facilitar su permanencia en el empleo[18]. Cabe anotar que estas normas se aplican principalmente a las trabajadoras que cuentan con un contrato de trabajo, y se desarrollaron bajo el supuesto de que la mujer es la principal responsable del cuidado de los hijos o hijas, es decir, lo que protegen es el ejercicio de la maternidad en las trabajadoras contratadas, incluyendo al padre solo en casos extremos, como el fallecimiento de la madre. Actualmente, las mejoras a la ley laboral han ido integrando en forma gradual el concepto de la responsabilidad paterna. Así, al establecimiento del permiso paternal por nacimiento o adopción de un hijo (Ley 20.047 de 2005) se agrega la Ley 20.545 de 2011 que extiende el período de permiso posnatal, abriendo la posibilidad de que sea el padre quien haga uso del período adicional. A ello se suma la recién promulgada Ley 20.761 (julio de 2014), sobre extensión opcional al padre del permiso para alimentación (establecido en 2007 por la ley 20.166), pudiendo abandonar su lugar de trabajo durante una hora al día para alimentar a los/as hijos/as de hasta dos años de edad.

En relación con la corresponsabilidad en el cuidado de personas dependientes de otras edades, es importante el proceso originado en la Ley 19.505 que estableció en 1997, por primera vez, un permiso a los padres o madres trabajadoras para el cuidado de hijos/as en situaciones que requieren cuidado especial. En 2011 se amplió el permiso, para abarcar el cuidado de "personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien que presenten dependencia severa" (Ley 20.535), siendo esta la primera vez que una ley laboral reconoce el cuidado de personas adultas dependientes como una responsabilidad protegida.

A lo anterior cabría agregar algunas iniciativas legislativas orientadas a favorecer la corresponsabilidad parental, como es el caso de la moción de un grupo de diputados, presentada en mayo de este año, con el objeto de ampliar el derecho a la sala cuna a hombres trabajadores[19].

Las nuevas normas acercan la legislación nacional al concepto amplio de responsabilidad familiar contenido en el Convenio 156 de la OIT. Sin embargo, están aún distantes de un concepto igualitario de responsabilidades familiares, en la medida que los permisos de ampliación del posnatal y licencias por cuidado mantienen como principal titular a la trabajadora, entrando el trabajador solo a elección de la madre. Es decir, no se reconoce al padre el mismo grado de responsabilidad que a la madre.

16 Ley 20.680, promulgada en junio de 2013, que "Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados". Sustituye el artículo 225 del Código Civil por el siguiente: "Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida".

17 Entre las normas de protección a la maternidad en Chile cabe mencionar los artículos del Código del Trabajo sobre subsidio maternal (art. 198), descansos pre y posnatal (art.195), permisos por enfermedad grave del hijo menor de un año (art.199), fuero maternal (art. 201), realización de trabajos no perjudiciales (art.202) y derecho a sala cuna (art. 203).

18 La protección a las mujeres en el período de embarazo, parto y crianza es un principio fundante del sistema universal de derechos humanos, presente en la Declaración Universal (art. 25,2), PIDESC; Art.,10, 2; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. VII) y otros instrumentos. El tema se revisa en la sección de este informe sobre maternidad voluntaria.

19 Boletín 9340-13, moción ingresada el 13 de mayo de 2014, que modifica Código del Trabajo con el objeto de ampliar el derecho a la sala cuna.

Las últimas normas señaladas se sitúan, como se mencionó, en el ámbito del trabajo remunerado, al igual que distintas iniciativas públicas y privadas que se orientan a la llamada "conciliación" entre familia y trabajo. No existe una normativa equivalente para la protección del trabajo doméstico no remunerado o de las personas que ejercen el trabajo no remunerado de cuidado de personas dependientes, para el cual no se han desarrollado hasta ahora normas de protección sobre las condiciones de horas, descanso, vacaciones, que garanticen el cuidado de su salud y la preservación de su autonomía. El reconocimiento más cercano ha sido en el marco de la reforma previsional que consagró desde 2008 el derecho a Pensión Básica Solidaria (PBS) a las personas que no hubieran cotizado nunca en un sistema previsional, la mayor parte de las cuales son mujeres. Aunque no se trata de un derecho universal, ya que se focaliza en el 60% de menores ingresos, esta medida representa por primera vez un reconocimiento al trabajo no remunerado de las mujeres en el hogar. Por su parte, el bono por hijo, establecido en la misma reforma, y que beneficia a las mujeres desde los 65 años, con la excepción de las integrantes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, representa a su vez un reconocimiento al trabajo de crianza.

La desprotección legal del trabajo doméstico no remunerado se extiende al realizado por niñas y niños. Las normas sobre trabajo infantil que contiene el Código del Trabajo, reformado por la Ley 20.189 de 2007, se refieren a la contratación de menores de edad (15 a 18 años) estableciendo que solo pueden efectuar "trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo", y que no interfieran con su educación, básica o media. Asimismo, se fija un máximo de 30 horas semanales durante el período escolar, y se prohíbe que trabajen más de ocho horas en un día. Ni esta ley ni su reglamento[20] que lista los trabajos peligrosos, se refieren al trabajo doméstico no remunerado infantil ni estipulan condiciones para ser realizado protegiendo la salud, el desarrollo y la educación de las y los menores de edad. Aun cuando es posible examinarlo a la luz de las exigencias de estas normas, resultan insuficientes para su regulación y protección.

20 Decreto Supremo Nº 50, agosto 2007.

LA MEDICIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO

La identificación de derechos afectados por la desigual distribución de tareas domésticas y de cuidado, tiene como punto de partida la necesidad de "reconocer, valorar, reducir y distribuir el trabajo doméstico no remunerado" como una condición indispensable para la realización de los derechos humanos de las mujeres. Esta recomendación tiene algunas décadas de trayectoria. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer desarrolló en 1991 la recomendación general Nº 17 titulada "Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto". En 1995 la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing anotaba que el creciente ingreso de las mujeres al mercado de trabajo remunerado –un recurrente objetivo de las políticas de desarrollo y superación de la pobreza– "no ha aligerado en consecuencia su carga de trabajo no remunerado en el hogar y en la comunidad" (Naciones Unidas, 2005, párr. 153) y recomendaba a los países "medir y comprender mejor el tipo, el alcance y la distribución del trabajo no remunerado".

La incorporación de esta recomendación ha sido larga en el tiempo, ya que confronta el afincado estereotipo de género de no considerar como trabajo real ni productivo la actividad dentro del propio hogar, incluso por parte de las mujeres que lo realizan. Entre los avances del sistema internacional en esa dirección destaca la Resolución sobre Medición del Tiempo de Trabajo adoptada por la 18ª Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (OIT, 2008a), que diferencia entre las actividades que corresponden "a las actuales definiciones internacionales de empleo" –y que son las utilizadas en las estadísticas y mediciones económicas– y otro tipo de actividades productivas como "el trabajo doméstico no remunerado y el trabajo voluntario", estableciendo que "[el] tiempo de trabajo incluye el tiempo dedicado a la producción de todos los bienes y servicios, ya sea pagado o no". La Conferencia plantea el objetivo de "producir estadísticas del tiempo de trabajo sobre el 'trabajo doméstico no remunerado y el trabajo voluntario', necesarias para (…) tener una mayor comprensión y un enfoque más

amplio de las políticas económicas, sociales y del mercado laboral" (párr. 5). En línea con estas orientaciones, CEPAL está llevando a cabo el seguimiento del indicador tiempo total de trabajo, desagregado por sexo, para la población activa, con información oficial de los países que ya están aplicando Encuestas de Uso del Tiempo.

LA SITUACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO EN CHILE

En Chile no se cuenta todavía con información periódica sobre el uso del tiempo por parte de mujeres y hombres, la que ya se maneja en varios países de la región. Sin embargo, es posible extraer información de dos estudios realizados por el INE y por SERNAM, ambos del 2009 y limitados a la Región Metropolitana, que ofrecen una primera aproximación a la situación del trabajo doméstico no remunerado, así como a estudios realizados por otros organismos sobre juventud (INJUV, 2012) e infancia (OIT, Ministerio de Desarrollo Social y Ministerio del Trabajo, 2013). Estos y otros estudios son un aporte a la medición y caracterización de las tareas domésticas y de cuidado, y de las necesidades sociales y de políticas asociadas a ella. No obstante, no se aprecia una unificación de los esfuerzos en cuanto a conceptos, metodología y recursos, manteniéndose pendiente la tarea de contar con una medición periódica de uso del tiempo que abarque a los distintos grupos de edad y sexo en diferentes circunstancias ocupacionales, geográficas y sociales.

El informe de SERNAM (2009:140) registra que en todos los grupos socioeconómicos, las mujeres –trabajen o no de manera remunerada– destinan al trabajo doméstico no remunerado mayor tiempo que los hombres, y este tiempo aumenta entre las mujeres de menor nivel socioeconómico. Así, las mujeres encuestadas del estrato de menores ingresos trabajan no remuneradamente un promedio de 421,9 minutos diarios (7 horas), mientras que las del grupo de mayores ingresos lo hacen durante 219,3 minutos (3,6 horas diarias). Este promedio es de 401,6 minutos (6,7 hrs. al día) para las mujeres que no trabajan remuneradamente, y baja a 346,4 minutos (5,8 horas diarias) para las incorporadas al trabajo remunerado. En el caso de los hombres, su dedicación al hogar llega solo a 178,8 minutos diarios (3 horas) cuando están desocupados y a 142,4 minutos (2,4 horas) diarias cuando están trabajando remuneradamente.

Esta realidad se expresa en la percepción de las mujeres mayores de 18 años a lo largo del país: entre un 57% y un 59% de las encuestadas por Humanas en 2011[21] se declara como responsable principal del cuidado de niños, porcentaje que sobrepasa el 70% entre las encuestadas de menor nivel socioeconómico. Aproximadamente un tercio declara que la pareja comparte este cuidado, y solo el 1% identifica a su pareja como responsable principal. Al consultar por las tareas domésticas como cocina, aseo, lavado o planchado, la responsabilidad principal de las mujeres sube al 64% –y a más del 80% entre las de menor nivel socioeconómico– mientras que la responsabilidad compartida con la pareja baja a 13% o menos.

La carga de responsabilidades familiares tiene efecto sobre el acceso al empleo. Según las cifras trimestrales de Situación en la Fuerza de Trabajo del INE, en el trimestre móvil mayo a julio de 2014, entre las mujeres no integradas a la fuerza de trabajo (o "inactivas") hubo 1.336.850 que dieron como razón de inactividad "Razones familiares permanentes"[22]. Esta cifra corresponde al 35,8% de las mujeres inactivas. Estas, según otras fuentes (CASEN 2011), se concentran en los niveles más bajos de educación. Ello confirma que las responsabilidades familiares limitan el acceso de las mujeres al empleo, reproduciendo su pobreza y su falta de autonomía económica.

En el caso de las trabajadoras, a pesar de la promulgación de la Ley 20.545 de 2011 que extiende el período de permiso posnatal, abriendo la posibilidad de que sea el padre quien haga uso del período adicional, las cifras de la Superintendencia de Seguridad Social dan cuenta de un uso mínimo de este permiso por su parte: entre enero y julio de 2014

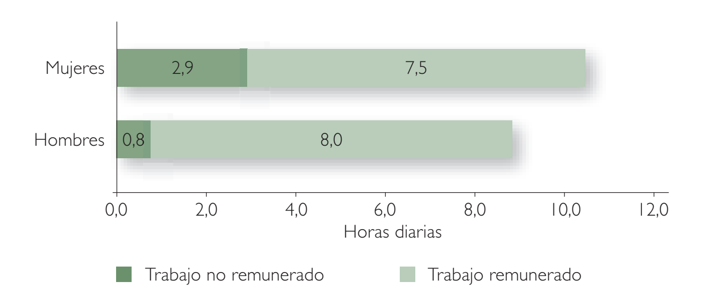
21 Corporación Humanas (noviembre 2011): Octava Encuesta Nacional "Percepciones de las Mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2011", pdf. pp. 13-14, aplicada a 1211 mujeres mayores de 18 años en todo el país.

22 INE (2014) Consultado el 30/09/14 en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/cifras_trimestrales_MJJ_2014.php

se registraron 58.503 permisos posnatales parentales[23]. En el mismo período, los permisos por posnatal parental traspasados al padre llegaron solo a 115 de jornada completa y 10 de jornada parcial, que equivalen 0,21% de uso de este permiso adicional por los padres[24].

El estudio realizado por INE (2009) sobre uso del tiempo, al igual que el de SERNAM (2009), muestra que cuando las mujeres trabajan remuneradamente, no se produce una redistribución de tareas del hogar y de cuidado, sino que ellas incrementan su jornada de trabajo total, como se aprecia en el gráfico siguiente, en que sumando ambos tipos de trabajo las mujeres llegan a 10,4 horas diarias y los hombres a 8,8 horas.

CARGA GLOBAL DE TRABAJO (EN HORAS DIARIAS) PARA PARTICIPANTES SIMULTÁNEOS EN TRABAJO REMUNERADO Y NO REMUNERADO



Fuente: INE (2008) Encuesta experimental sobre Uso del Tiempo en el Gran Santiago, (Población de 12 años y más), p. 33.

La combinación de responsabilidades familiares y laborales afecta proporcionalmente a más mujeres que hombres. Según la Encuesta Nacional de Salud de Trabajadores y Trabajadoras 2009-2010 (MINSAL, 2011:140), un 43,1% de las trabajadoras encuestadas tiene a su cargo el cuidado de niños pequeños, adultos mayores, enfermos minusválidos o crónicos, mientras que el 21,3% de los hombres encuestados se encuentra en el mismo caso. Por otra parte, la misma encuesta registra que en caso de problemas urgentes de salud de hijos/as o familiares, el 73,9% de las trabajadoras y el 36,7% de los trabajadores asumen su cuidado siempre o casi siempre. Finalmente, el 41% de las trabajadoras y el 7% de los trabajadores señalan que si no están en la casa las tareas domésticas se quedan sin hacer

Las tensiones entre la vida familiar y el empleo repercuten en la salud mental y física. Una encuesta realizada en el año 2011 (CEM-Universidad de Ottawa, 2012) a una muestra de 3.010 hombres y mujeres asalariados/as de todo el país reportó que las mujeres asalariadas chilenas expuestas a la dificultad de compatibilizar ambas responsabilidades experimentan mayores niveles de estrés que las no expuestas (36,2% y 16,7% de mujeres expuestas y no expuestas respectivamente). Asimismo, las mujeres que manifiestan tener interferencias entre el trabajo y la familia están expuestas a un riesgo relativo dos y medio veces mayor de sufrir síntomas depresivos al compararse con las que no manifiestan sufrir interferencias, y aumenta en más del doble la probabilidad de consumir psicotrópicos por parte de hombres y mujeres, frente a quienes no exhiben interferencias (Ansoleaga, 2013)[25].

El insuficiente avance del país en estas materias es anotado en el informe sobre Chile del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que si bien celebra avances como los anotados en materia de legislación laboral, manifiesta su preocupación "por la persistencia de estereotipos tradicionales en relación con las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad", recomendando al Estado hacer "un mayor esfuerzo para prestar asistencia a las mujeres y los hombres a los efectos de lograr un equilibrio entre sus responsabilidades familiares y laborales (…)" (Comité CEDAW, 2012, párrs. 16 y 17).

No obstante, una señal de avance hacia la responsabilidad paterna y la conciliación igualitaria entre vida familiar y trabajo, es la inclusión en la séptima versión de la ENCLA (Dirección del Trabajo, 2011) de las iniciativas tomadas en la materia por parte de las empresas privadas y su integración

23 Número de subsidios maternales iniciados según tipo de subsidio, entidad pagadora y mes, año 2014. Superintendencia de Seguridad Social, Estadísticas Mensuales 2014.

24 Número de permisos por permiso posnatal parental traspasados al padre según entidad pagadora y modalidad de extensión, año 2014. Superintendencia de Seguridad Social, Estadísticas Mensuales 2014.

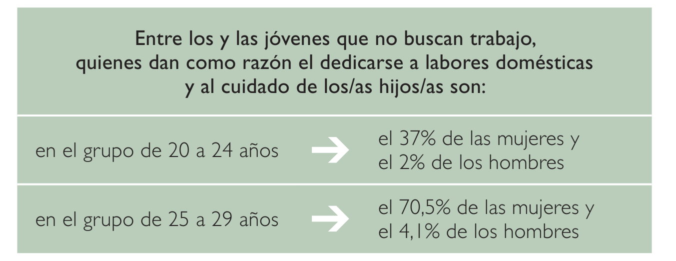
25 Análisis realizado a partir de los resultados de la Encuesta CEM-Universidad de Ottawa (2012), como parte de la tesis de doctorado elaborada por la autora para optar al grado de doctora en Salud Pública, U. de Chile.

en las agendas sindicales, lo que contribuye a hacerlas visibles como materia de seguimiento por el Estado.

En este mismo ámbito, cabe destacar la importancia de las iniciativas del propio Estado, como principal empleador del país y la responsabilidad que le cabe al Servicio Civil en la promoción de planes de buenas prácticas laborales de no discriminación en la administración del Estado, incluidas las de conciliación entre vida familiar y trabajo[26]. La Dirección Nacional del Servicio Civil informa sobre distintas iniciativas en la materia desde 2006 a la fecha, incluyendo estudios y propuestas (DNSC, 2013) seminarios y elaboración de indicadores de conciliación. No obstante, el seguimiento de dichos planes no aparece incluido en el Plan de Desarrollo Institucional 2012-2014[27]. A la fecha no se conoce públicamente el plan de desarrollo para la actual administración.

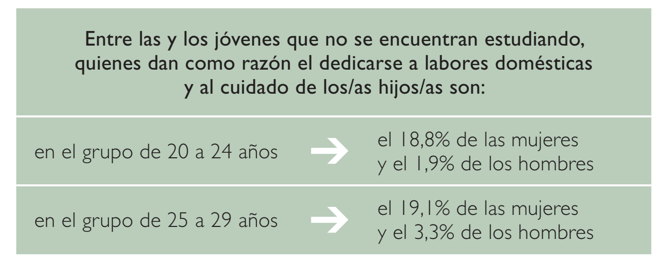
EL TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO EN LA JUVENTUD

La carga y los efectos del trabajo doméstico no remunerando incluyen a todas las mujeres, sin importar su edad. En su Séptima Encuesta Nacional (2012), el INJUV analizó las actividades principales de la población de 15 a 29 años, dando cuenta de sus cambios en el tiempo. Allí concluyó que si bien en el grupo de 15 a 19 años no hay grandes diferencias por sexo en las actividades juveniles, entre los 20 y 24, y con más incidencia entre los 24 y 29, se va perfilando un grupo importante de mujeres jóvenes que no estudian ni trabajan remuneradamente. De hecho, el 87% de jóvenes entre 15 y 29 años que no estudia ni trabaja, son mujeres. El informe observa que las responsabilidades domésticas son una de las principales explicaciones de este hecho, confirmando que estas operan como una restricción al ejercicio de derechos humanos como el derecho al trabajo y que el Estado falla en garantizar el derecho a la educación. Los dos recuadros siguientes resumen lo encontrado por INJUV en este campo.



Entre los y las jóvenes que no buscan trabajo, quienes dan como razón el dedicarse a labores domésticas y al cuidado de los/as hijos/as son:		
en el grupo de 20 a 24 años	→	el 37% de las mujeres y el 2% de los hombres
en el grupo de 25 a 29 años	→	el 70,5% de las mujeres y el 4,1% de los hombres

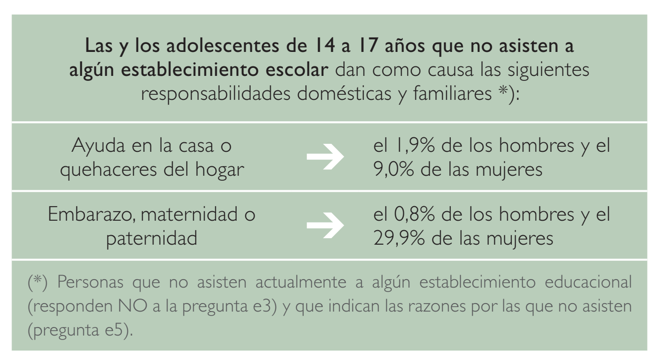
Fuente: INJUV (2012) Informe 7ª Encuesta Nacional de la Juventud, pp. 41 y 47.



Entre las y los jóvenes que no se encuentran estudiando, quienes dan como razón el dedicarse a labores domésticas y al cuidado de los/as hijos/as son:		
en el grupo de 20 a 24 años	→	el 18,8% de las mujeres y el 1,9% de los hombres
en el grupo de 25 a 29 años	→	el 19,1% de las mujeres y el 3,3% de los hombres

Fuente: INJUV (2012) Informe 7ª Encuesta Nacional de la Juventud, pp. 37 y 42.

Por su parte, la encuesta CASEN 2011 recoge el impacto de las responsabilidades domésticas y de cuidado de hijos o hijas entre las y los adolescentes, particularmente en las niñas que no asisten a la escuela. Como se aprecia en el recuadro siguiente, un 29,9% de estas da como causa el embarazo o la maternidad[28].



Las y los adolescentes de 14 a 17 años que no asisten a algún establecimiento escolar dan como causa las siguientes responsabilidades domésticas y familiares *):		
Ayuda en la casa o quehaceres del hogar	→	el 1,9% de los hombres y el 9,0% de las mujeres
Embarazo, maternidad o paternidad	→	el 0,8% de los hombres y el 29,9% de las mujeres
(*) Personas que no asisten actualmente a algún establecimiento educacional (responden NO a la pregunta e3) y que indican las razones por las que no asisten (pregunta e5).		

Fuente: Elaboración propia sobre la base de análisis de bases de datos encuesta CASEN 2011.

26 El Instructivo Presidencial Nº 2, del 15 de junio del año 2006, instauró el Código de Buenas Prácticas Laborales (CBPL) para toda la Administración Central del Estado. Consultado en http://www.serviciocivil.gob.cl/cbpl/inicio, el 12 de septiembre de 2014.

27 Consultado en http://www.serviciocivil.gob.cl/sites/default/files/plan_desarrollo_institucional_2012-2014.pdf, el 12 de septiembre de 2014.

28 Las barreras de permanencia en el sistema de las escolares embarazadas o madres fueron abordadas en el Informe Anual 2011 del INDH.

TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO DE NIÑOS Y NIÑAS

Finalmente, atendiendo a los grupos de menor edad, la Encuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes realizada en 2012 (OIT, 2013) informa que 2.922.910 niñas y niños entre los 5 y los 17 años (un 87,8% del total) realiza en Chile tareas domésticas en el propio hogar, a lo menos una hora a la semana. En las niñas el porcentaje es de 91,3%, mientras que en los niños llega al 84,1%, lo que en cifras corresponde a 1.569.826 niñas y 1.353.084 niños.

La encuesta, realizada en conjunto entre OIT y el gobierno de Chile, subsana parcialmente la falta de información actualizada sobre trabajo de niños y niñas mencionada en el Informe Anual 2010 del INDH. El levantamiento de información siguió los criterios de la Conferencia de Estadísticas del Trabajo para el registro de actividades, mostrando por primera vez detalles sobre el trabajo doméstico no remunerando de niñas, niños y adolescentes.

Aunque no toda la actividad doméstica se asimila al trabajo infantil, el estudio llama la atención sobre la gran cantidad de niñas, niños y adolescentes, desde 9 a 17 años, que realizan actividades domésticas en su propio hogar por más de 21 horas a la semana –un promedio de tres horas diarias– según se observa en el cuadro siguiente, los que suman un total de 354.765. La cifra equivale al 10,7% del total de niñas, niños y adolescentes entre 5 y 17 años de edad, y a un 15,1% de los situados entre los 9 y los 17 años. Está compuesta en un 59,4% por niñas (210.844) y un 40,6% por niños (143.221). Esta intensidad en horas es reconocida como equivalente a trabajo peligroso[29] debido a que su larga duración interfiere con el desarrollo de los niños y las niñas, afectando sus estudios, su descanso o sus actividades de esparcimiento, entre otros derechos. En este grupo predominan las mujeres, siendo el contingente mayor el de las ubicadas entre los 15 y los 17 años.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA)
DE 9 A 17 AÑOS EN TAREAS DOMÉSTICAS (TD)
EN SU HOGAR POR MÁS DE 21 HORAS SEMANALES
PORCENTAJE SOBRE NNA DE 9 A 17 AÑOS EN TD

Edades	Q más de 21 horas	% 21 horas o más en TD	Niños más de 21 horas	% 21 hrs. o más en TD Niños	Niñas más de 21 horas	% 21 hrs. o más en TD Niñas
9 - 14	142.871	10,4%	65.540	9,7%	77.452	11,0%
15 - 17	211.894	28,0%	77.681	21,8%	133.391	33,2%
Total	**354.765**	**16,6%**	**143.221**	**13,9%**	**210.844**	**19,1%**

Fuente: elaboración propia con base en OIT, Ministerio del Trabajo, Ministerio de Desarrollo Social (2013): Magnitud y Características del Trabajo Infantil en Chile-Informe 2013, con base en cuadro 15 (p.76) y cuadro 18 (p.78)

Para dimensionar la magnitud de esta cifra se puede comparar con la de niños, niñas y adolescentes que, según el mismo informe, trabajan para un empleador, realizando una actividad económica. Estos suman 229.510, lo que equivale al 6,9% de la población de 5 a 17 años. Dentro de este total, predomina un grupo de 219.624, integrada por 151.894 niños y 67.730 niñas (69% y 41% respectivamente), que se consideran "en situación de trabajo infantil, ya sea por realizar una actividad económica peligrosa o por tener menos de la edad permitida para trabajar" (OIT, 2013:113).

Es decir, según el mismo informe, la cantidad de niños, niñas y adolescentes que realizan tareas domésticas de carácter peligroso por su excesiva duración, es mayor que la de niños, niñas y adolescentes que realizan una actividad económica peligrosa[30]. No obstante, esta observación es escasamente analizada por el informe, que se limita a llamar la atención sobre la alta cifra de niñas en el trabajo doméstico no remunerado, enfocando sus conclusiones y recomendaciones hacia el trabajo infantil remunerado.

La preocupación de los gobiernos por el trabajo Infantil se ha plasmado en diversas iniciativas observables en el funcionamiento sin interrupción desde 1996, de un Comité Asesor nacional para la erradicación del trabajo infantil, coordinado

29 La duración de 21 horas semanales como límite para considerar peligroso el trabajo doméstico no remunerado es una definición nacional. Como señala el Ministerio de Desarrollo Social: "Para el caso de Chile se considera que un servicio doméstico no remunerado es considerado peligroso si es que este se realiza durante jornadas extensas de 21 o más horas a la semana". Consultado en http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/enc_eanna_def.php, el 29-09-2014. Por otra parte, en la presentación de los resultados hecha por el mismo ministerio (2013), junto con el Ministerio del Trabajo y OIT, se entrega la siguiente entre las categorías de trabajo infantil. "Actividades domésticas no remuneradas de carácter peligroso: son aquellas que se realizan en un horario prolongado, definido como 21 o más horas a la semana".

30 Los análisis del trabajo infantil de OIT y el Gobierno de Chile diferencian el **trabajo peligroso** que se realiza para un empleador del **trabajo doméstico no remunerado de carácter peligroso,** que se realiza en el ámbito doméstico y sin fines de mercado.

por el Ministerio del Trabajo y apoyado por OIT[31]. El día 20 de junio pasado se anunció una actualización del Comité, proponiendo generar una nueva estrategia de erradicación del trabajo infantil para Chile, y poniendo a su disposición un Observatorio Social por la Erradicación del Trabajo Infantil, dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social[32]. No obstante, las declaraciones ministeriales al respecto se han centrado en el trabajo infantil del ámbito económico, por lo que habrá que esperar el desarrollo de este mandato, sin que hasta ahora pueda apreciarse la inclusión en su mandato de las situaciones más duras de trabajo doméstico no remunerado infantil.

De los antecedentes revisados se desprende que, si bien todas las mujeres en distintas edades y condiciones socioeconómicas tienen una carga de trabajo doméstico no remunerado mayor que la de los hombres, y que ello afecta a su ejercicio de derechos, se configuran situaciones específicas que afectan con mayor intensidad determinados derechos. En líneas generales, las niñas y adolescentes ven más limitados sus estudios, las jóvenes y adultas su acceso al trabajo remunerado y las adultas mayores el derecho a la previsión social. La dedicación exclusiva al cuidado de personas dependientes incide en el estado de salud física y mental.

Asimismo, en todas las edades, las mujeres de los estratos de menores ingresos experimentan esas limitaciones con mayor dureza. La falta de reconocimiento de los derechos afectados va de la mano del desconocimiento del trabajo doméstico no remunerado como un trabajo productivo y como un aporte a la creación de bienestar y riqueza para toda la población.

En suma, el reconocimiento y la redistribución del trabajo doméstico no remunerado en Chile se perfila como un campo de políticas de desarrollo aún incipiente, pero indispensable para la igualdad entre mujeres y hombres de todas las edades y condiciones sociales, y para el pleno disfrute de los derechos humanos por parte de mujeres y niñas. Esto exige atender distintas áreas como su reconocimiento económico y jurídico, su vinculación a derechos laborales, la compatibilidad entre familia y empleo, y la redistribución de responsabilidades entre el Estado, la comunidad, las empresas y las familias respecto del cuidado de personas dependientes de todas las edades, incluyendo adultos mayores no autovalentes, personas enfermas y postradas, personas con discapacidades severas y desde luego, el cuidado de niños/as.

31 Decreto 131 (7 agosto de 1996), Crea Comité Asesor Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Menor Trabajador Organismo: Ministerio del Trabajo y Previsión Social consultado en http://bcn.cl/1nbjh, el 29 de septiembre 2014

32 http://www.gob.cl/2014/06/20/ministra-javiera-blanco-queremos-ser-el-primer-pais-en-america-latina-que-erradica-el-trabajo-infantil/.

BIBLIOGRAFÍA

Ansoleaga, E. (2013). *Sintomatología depresiva y consumo riesgoso de alcohol en trabajadores expuestos a factores psicosociales laborales adversos: un asunto pendiente en salud pública.* Santiago: Tesis para optar al grado de doctora en Salud Pública, Universidad de Chile.

CEM, Centro de Estudios de la Mujer y Universidad de Ottawa (2012). *Encuesta sobre problemas de salud mental y trabajo en Chile, Proyecto de Investigación, "Políticas y prácticas asociadas a problemas de salud mental y trabajo en Chile: una perspectiva de género 2007-2012".* Santiago: CEM.

CEPAL, División de Asuntos de Género (2010). *Cuadernos de CEPAL Nº 94, El Cuidado en Acción, Entre el Derecho y el Trabajo.* Santiago: Naciones Unidas.

Comité CEDAW (2012). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012),CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012.* Naciones Unidas.

Dirección del Trabajo (2012). ENCLA 2011, *Informe de Resultados Séptima Encuesta Laboral*. Santiago: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.

DNSC, Dirección Nacional de Servicio Civil (julio de 2013). Conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo en la Administración Central del Estado: Estudio exploratorio y propuestas de acción. Subdirección de Desarrollo de las Personas Unidad de Desarrollo Organizacional . Recuperado el 16 de septiembre de 2014, de www.serviciocivil.cl: http://www.serviciocivil.gob.cl/sites/default/files/estudio_propuestas_conciliacion_2013.pdf

Huenchuan, S. (diciembre de 2013). *Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional.* Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población. Santiago: Naciones Unidas - CEPAL.

INE, Instituto Nacional de Estadísticas (30 de mayo de 2008). *Encuesta Experimental sobre Uso del Tiempo en el Gran Santiago*. Recuperado el 11 de septiembre de 2014, de www.ine.cl: http://www.ine.cl/canales/sala_prensa/noticias/2008/mayo/pdf/presentacion300508.pdf

INE, Instituto Nacional de Estadísticas (abril de 2009). *Encuesta Experimental sobre Uso del Tiempo en el Gran Santiago. Antecedentes Metodológicos y Principales Resultados.* Recuperado el 17 de septiembre de 2014, de www.ine.cl: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/encuesta_tiempo_libre/pdf/presentacion_eut_17_04_2009.pdf

INE, Instituto Nacional de Estadísticas (mayo-julio de 2014). *www.ine.cl.* Recuperado el 30 de septiembre de 2014, de Nueva Encuesta Nacional de Empleo: trimestre móvil mayo-junio-julio de 2014 Población de 15 años y más por situación en la fuerza de trabajo (razones de inactividad): http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/cifras_trimestrales.php

INJUV, Instituto Nacional de la Juventud (2013). *7ª Encuesta Nacional de Juventud 2012.* Santiago: Gobierno de Chile, INJUV.

Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). *Principales ResultadosEncuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes (EANNA)* 2012.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (7 de agosto de 1996). *www.bcn.cl.* Recuperado el 29 de septiembre de 2014, de Decreto 131 (7 de agosto de 1996), Crea Comité Asesor Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Menor Trabajador.

MINSAL, Ministerio de Salud, Departamento de Epidemiologia, Unidad de Estudios y Vigilancia de Enfermedades no Transmisibles (2011). *Informe Nacional Encuesta Nacional de Empleo, Trabajo, Salud y Calidad de Vida de los Trabajadores y Trabajadoras en Chile (ENETS) 2009-2010*. Santiago: Ministerio de Salud.

Naciones Unidas (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.* Beijing.

Naciones Unidas (1996). Nueva York: Nacioes Unidas.

Naciones Unidas, Asamblea General, 68º período de sesiones. A/68/293 (2013). *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona.* Naciones Unidas.

OIT, O. I. (2008 a). Resolución I sobre Medición del Tiempo de Trabajo. 18ª Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo sobre la medición del tiempo de trabajo.

OIT, Organización Internacional del Trabajo (2002). Un Futuro sin Trabajo Infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. *Conferencia Internacional del Trabajo. 90.a reunión 2002. Informe I (B)* (pág. 172). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

OIT, Organización Internacional del Trabajo (2008 b). Resolución II sobre las estadísticas del trabajo infantil. *18ª Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo.* OIT.

OIT, Programa para la Erradicación del Trabajo Infantil, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social de Chile. (2013). *Magnitud y características del trabajo infantil en Chile - Informe 2013.* Santiago: OIT.

SERNAM, Servicio Nacional de la Mujer (2009). *Valorización del Trabajo Doméstico No Remunerado (Encuesta de Uso del Tiempo) Documento de Trabajo Nº 111.* Santiago: SERNAM.

Servicio Nacional del Adulto Mayor, SENAMA (2009). *Estudio nacional de dependencia.* Santiago: SENAMA.

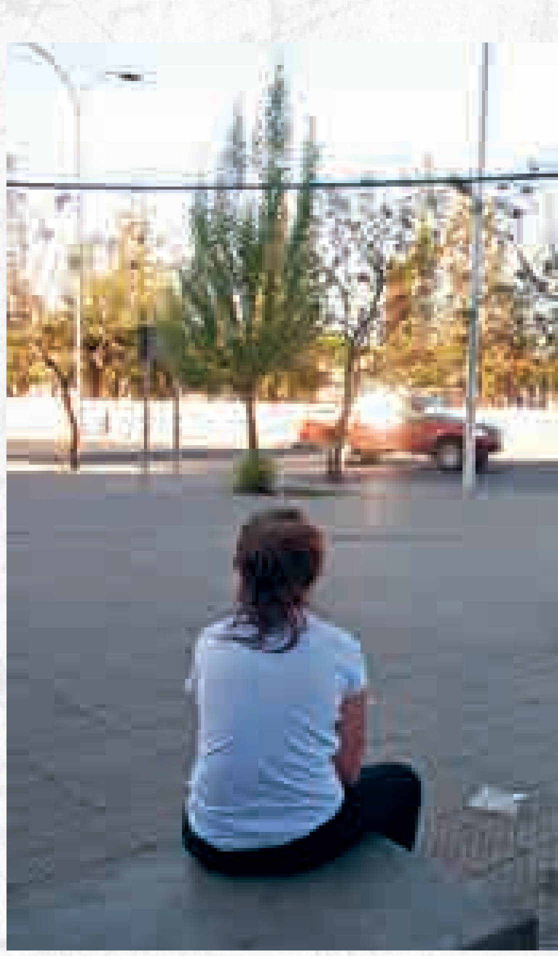
Superintendencia de Seguridad Social SUSESO (2014). *www.suseso.cl.* Recuperado el 17 de 09 de 2014, de Estadísticas Mensuales: http://www.suseso.cl/OpenDocs/asp/

2

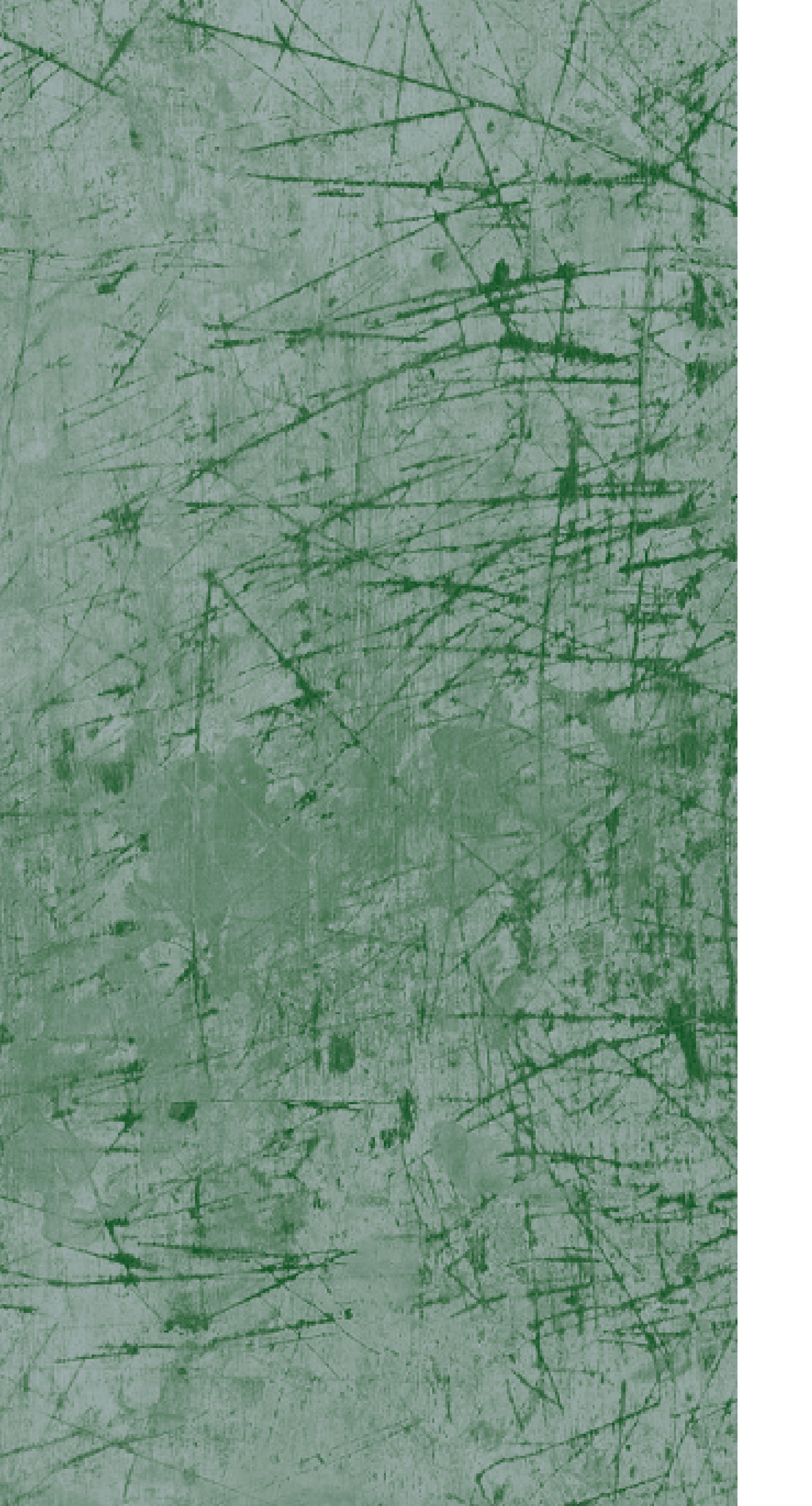
AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL







Fotografías: Enrique Cerda





AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

ANTECEDENTES

Desde el año 2011, el INDH ha venido manifestando su preocupación por la situación de las personas con discapacidad y relevando diversas formas en que sus derechos son vulnerados en nuestro país. Si bien se han generado avances normativos y de política pública[1] que muestran los esfuerzos del Estado por avanzar hacia el cumplimiento de los estándares internacionales en la materia, "el reconocimiento de esta población sigue siendo un desafío importante, no solo por la heterogeneidad de realidades y necesidades de quienes la conforman, sino también por la discriminación a la que están expuestas" (INDH, 2012, pág. 183). Esto se refleja en la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos, cuyos resultados muestran que la población nacional percibe a las personas con discapacidad como el quinto grupo más vulnerado en sus derechos, con un 50,4% de las menciones (INDH, 2013). También se observa la imposibilidad actual de algunas personas que se encuentran en esta situación para ejercer funciones judiciales, asunto que estaría en vías de modificación[2].

El lamentable incendio de un hogar en Paillaco ocurrido en abril de este año, donde fallecieron nueve personas con discapacidad mental que estaban encerradas con llave y no pudieron escapar del fuego (Riquelme, 2014), refleja una de las tantas formas en que la vulnerabilidad y precariedad afectan a esta población. Así también lo demuestra el caso de ML, madre con discapacidad cognitiva (retraso mental leve) que actualmente se encuentra en un proceso ante tribunales de familia para resolver la tuición de su hija, aun cuando profesionales han reconocido que posee las habilidades parentales para ejercer su maternidad (Bravo, 2014). Como lo señala la tesis ganadora del Concurso del INDH, "Cuenta tu tesis en derechos humanos" 2013, las mujeres con discapacidad intelectual "no ejercen ocupaciones significativas, lo que las expone a la condición de víctimas de una situación de *apartheid* ocupacional e injusticia ocupacional" (INDH, 2013, pág. 17).

Las personas con discapacidad en Chile constituyen el 12,93% de la población nacional, de las cuales un 7,2% tiene una discapacidad leve, 3,2% moderada y 2,5% severa. Del total de personas con discapacidad, el 58,2% son mujeres (FONADIS, 2005)[3] . Si las personas con discapacidad son estigmatizadas y no acceden a oportunidades para concretar sus planes de vida, ello se acentúa en el caso de las personas con discapacidad mental –tanto de índole psíquica como intelectual–, pues son quienes experimentan con mayor fuerza la vulneración de su autonomía y se les tilda de "incapaces" para tomar decisiones. Según los datos disponibles, las personas con discapacidad mental[4] ascenderían a 563.742 (SENADIS, 2005).

Al respecto, Soledad Cisternas, presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y galardonada con el Premio Nacional de

1 Para mayor información, ver capítulos "Derechos de las personas con necesidades especiales" del Informe Anual 2011, "Derechos de las personas con discapacidad" del Informe Anual 2012 y "Derecho a la participación" del Informe Anual 2013.

2 Boletín 9372-07, que modifica el Código Orgánico de Tribunales para permitir que personas con capacidades especiales puedan ser nombradas en cargos de juez o notario. El proyecto de ley fue presentado el 3 de junio de 2014 y, a la fecha de cierre de este informe, se encontraba en segundo trámite constitucional en el Congreso.

3 El 12,93% de la población chilena, equivale a 2.068.072 millones de personas, es decir, 1 de cada 8 chilenos/as vive con algún tipo de discapacidad (FONADIS, 2005). No existen a disposición datos actualizados sobre el universo de población con discapacidad.

4 Esta cifra corresponde a la suma de las personas con discapacidad psiquiátrica (262.151) e intelectual (301.591). Este total representa el 16,83% dentro de las personas con discapacidad y el 3,53% de la población nacional.

Derechos Humanos 2014, ha señalado que entre los desafíos que enfrenta Chile para la plena implementación de los estándares internacionales de derechos humanos están "el igual reconocimiento ante la ley y el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, mediante apoyos y salvaguardas, si fueren necesarios, desterrando aquellos modelos de voluntad sustitutiva en manos de terceros; [así como] el consentimiento libre e informado para cirugías, tratamientos [e] internaciones" (Cisternas, 2014).

El presente apartado examina la situación de discriminación que afecta a las personas con discapacidad mental en el ejercicio de su autonomía, analizando el ámbito normativo y algunas situaciones prácticas que se alejan de los estándares planteados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Particularmente, se analizará el procedimiento de interdicción, la internación involuntaria y los procedimientos irreversibles como la psicocirugía[5] y la esterilización.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Con la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo[6], así como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[7], la comunidad internacional cambió el enfoque del tratamiento a las personas con discapacidad en general[8]. Como se reseñó en el Informe Anual 2011, este nuevo paradigma –conocido como modelo social de la discapacidad– tiene en consideración especialmente "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"[9].

En el sistema universal de derechos humanos, la CDPD reconoce la igualdad ante la ley de todas las personas y la igual protección legal (art. 5.1) e insta el aseguramiento por parte de los Estados del desarrollo de las mujeres y niñas con discapacidad en igualdad de condiciones (art. 6.1). Además, prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contra las personas con discapacidad, señalando expresamente que se requiere su libre consentimiento para ser sometidas a experimentos médicos o científicos (art. 15.1).

En el sistema regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, reafirma que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, además de señalar que el término "discriminación", en el caso de este colectivo, corresponde a "toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales"[10].

Una expresión del respeto a la dignidad y a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, consiste en el reconocimiento de su personalidad jurídica. Así queda plasmado en la CDPD, donde se establece que "[l]os Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica"[11] y "reconocerán que […] tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los

5 Corresponde a una cirugía aplicada al tejido cerebral con el fin de tratar a pacientes con enfermedades mentales que no mejoran con psicofármacos.

6 Ambos instrumentos fueron ratificados por el Estado el 29 de julio de 2008.

7 Ratificada por Chile el 4 de diciembre de 2001.

8 El tratamiento anterior no reconocía la posibilidad de que las personas con discapacidad tomaran sus propias decisiones de manera autónoma. Esto se aprecia con la evolución de la terminología utilizada para referirse a este grupo de personas en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas. En ellos comienzan refiriéndose a esta población como "retrasados mentales" en la Declaración de Derechos del Retrasado Mental de 1971 (A/RES/2856 (XXVI)); "impedidos" en la Declaración de Derechos del Impedido de 1975 (A/RES/3447 (XXX)); "enfermos mentales" en los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud de 1991 (A/RES/3447 (XXX)); finalizando con "discapacitados mentales" en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006 (A/RES/61/106).

9 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3, letra a).

10 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. I, número 2, letra a).

11 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12.1.

aspectos de la vida"[12]. Adicionalmente, la Convención señala que se "adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica"[13] y se asegurará "que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos"[14].

El propósito de dichas salvaguardias es asegurar que "las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas"[15]. Por último, la Convención indica que "[se] tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria"[16].

Sobre la capacidad jurídica, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) señaló en 2014 que "Los Estados Partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás"[17]. El Comité aclara que "[l]a capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales […] El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica"[18]. Por eso, de lo que se trata es de transitar de un modelo en el que se sustituye a la persona en la toma de decisiones, a uno donde se le apoya para que pueda tomarlas.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló en su observaciones finales a Chile en 2012 que el Estado debe velar "por que el personal médico solicite el consentimiento plenamente informado antes de realizar esterilizaciones, se sancione a los profesionales que realicen esterilizaciones sin dicho consentimiento y se ofrezca una reparación y una indemnización monetaria a las mujeres víctimas de esterilizaciones no consentidas"[19].

12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12.2.

13 Ibídem, art. 12.3.

14 Ibídem, art. 12.4.

15 Ibídem.

16 Ibídem, art. 12.5.

17 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 7.

18 Ibídem, párr. 13.

19 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53[er] período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012). CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012, párr. 35 letra b).

Finalmente, el Comité de expertos de la CDPD, en su 92 sesión del 7 de abril de 2013, manifestó que la violencia contra mujeres y niñas con discapacidad es cuatro veces más grave que en la población general, concluyendo que esta población sufre una situación de Desastre Humanitario Global, lo que obliga a los Estados Partes a intervenir sin demora.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República, en su artículo 1º, establece que "[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (inciso primero) y que "[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (inciso tercero).

Por su parte, la Ley 20.422 tiene como propósito asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades y erradicar toda forma de discriminación hacia las personas con discapacidad. Esta ley consagra entre sus principios rectores el de vida independiente, entendido como "[e]l estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad"[20]. Asimismo, la ley establece que la rehabilitación de personas con discapacidad mental "propenderá a que estas desarrollen al máximo sus capacidades y aptitudes. En ningún caso, la persona con discapacidad mental podrá ser sometida, contra su voluntad, a prácticas o terapias que atenten contra su dignidad, derechos o formen parte de experimentos médicos o científicos"[21]. Además, la norma reconoce expresamente la autonomía de las mujeres con discapacidad y de las personas con discapacidad mental al estipular "el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva"[22].

Sin embargo, permanecen otras normativas que resultan contradictorias con lo establecido en la Ley 20.422, puesto que limitan la autonomía de las personas con discapacidad mental. Ejemplo de ello son los artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Civil, donde se les inhabilita como testigos a aquellos que se hallen en interdicción por causas de demencia, o que se hallaren privados de la razón al tiempo de declarar o en que sucedieron los hechos que motivan su declaración. También son ejemplos los artículos 456 y 457 del Código Civil, donde se les priva de la administración de sus bienes. Es necesario que la normativa pueda establecer diferencias entre los grados o niveles de discapacidad mental que pueden tener las personas, además de incorporar los apoyos cuando sea necesario.

Para dar cuenta de estas contradicciones se analizan tres tipos de situaciones: las interdicciones, la internación involuntaria y procedimientos irreversibles, como las psicocirugías y las esterilizaciones.

INTERDICCIÓN

La capacidad jurídica es un atributo de la personalidad mediante el que una persona es titular de derechos (conocido como capacidad de goce) que puede hacer valer frente a terceros (capacidad de ejercicio). Todas las personas tienen capacidad de goce, es decir, son titulares de derechos, por ejemplo, para disponer de sus bienes. Sin embargo las personas con discapacidad mental, mediante la institución de la interdicción, ven limitada su capacidad de ejercer tales derechos, cuando así lo establece la ley. La forma de cumplir con los estándares internacionales es que las normas y procedimientos incorporen las salvaguardias necesarias, es decir, que se respete la voluntad y preferencias de la persona en todos los temas, incluso en los económicos, que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, y que sean examinadas periódicamente por una autoridad competente, independiente e imparcial.

20 Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, art. 3 letra a).

21 Ibídem, art. 11.

22 Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, art. 9.

En particular, el Código Civil reconoce que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces"[23] y establece que "[s]on absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente"[24]. Esto implica que todos los actos jurídicos que haya celebrado la persona "demente" quedan invalidados, pues "no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución"[25]. Adicionalmente, este cuerpo normativo señala que "[e]l adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos"[26].

Para sustituir la voluntad de la persona con discapacidad mental, el Código Civil contempla la figura de "curaduría del demente"[27], la que se establece mediante un juicio de interdicción. Este procedimiento puede ser solicitado por la familia (cónyuge o cualquiera de sus consanguíneos hasta el cuarto grado) y el defensor público, pero "si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el procurador de ciudad o cualquiera del pueblo provocar la interdicción"[28].

El juicio se realiza ante los Tribunales de Familia y varía dependiendo si la persona a la cual se busca declarar interdicta se encuentra inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad o no. En el primer caso, la Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, dictada en 1987 y vigente a la fecha, implementa mecanismos para facilitar la administración de los bienes de las personas con discapacidad mental al señalar que "[c]uando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley Nº 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente"[29]. En el caso que la persona no se encuentre inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, se sigue un juicio ordinario con las variantes establecidas por el Código Civil. En este proceso, "[e]l juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia"[30], lo que supone una interpretación más pro persona que en el caso anterior.

INTERNACIÓN INVOLUNTARIA

La internación involuntaria es otro ejemplo de cómo opera la sustitución de la voluntad en las personas con discapacidad mental. Hasta la promulgación en 2012 de la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (también conocida como de Derechos y Deberes del paciente), este procedimiento se encontraba regulado por un decreto del Ministerio de Salud. La regulación de este derecho mediante una ley en lugar de un decreto constituye un avance, en la medida que la internación se trata de una limitación a la libertad personal, garantía consagrada por la Constitución en su artículo 19 Nº 7.

Según la Ley 20.584, para que una persona sea objeto de hospitalización involuntaria deben concurrir cinco requisitos copulativos, es decir, que se deben dar todos al mismo tiempo: "a) Certificación de un médico cirujano que indique fundadamente la necesidad de proceder al ingreso de una persona para llevar a cabo la evaluación de su estado de salud mental; b) Que el estado de la misma comporte un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros; c) Que la hospitalización tenga exclusivamente una finalidad terapéutica; d) Que no exista otro medio menos restrictivo de suministrar los cuidados apropiados, y e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración. De no ser posible esto último, se tendrá en cuenta la opinión de su representante legal o, en su defecto, de su apoderado a efectos del tratamiento y, en ausencia de ambos, de la

23 Código Civil, art. 1446.

24 Código Civil, art. 1447, inciso primero.

25 Código civil, art. 1447, inciso segundo.

26 Código Civil, art. 456, inciso primero.

27 Según señala el art. 338 del Código Civil, "[l]as tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida".

28 Código Civil, arts. 443 y 459.

29 Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, art. 4.

30 Código Civil, art. 460.

persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho"[31]. Similares modelos de suplencia de la voluntad de la persona con discapacidad mental se reproducen en otras dos normas que regulan la internación y las residencias protegidas, ambas vigentes a la fecha[32].

Por su parte, el D.S. 570 indica que la internación involuntaria puede ser de tres tipos: i) la de urgencia no voluntaria, cuya extensión no puede superar las 72 horas, su determinación recae en un médico "atendido a que el paciente se encuentra en una situación de crisis y que no es posible contar con el consentimiento"[33], y su finalidad es elaborar un diagnóstico médico especializado o superar la crisis; ii) la internación administrativa, decretada por la autoridad sanitaria a partir de la iniciativa de la policía, la familia, el médico tratante o cualquier miembro de la comunidad, con el fin de internar en un centro asistencial a una persona aparentemente afectada por un trastorno mental "cuya conducta pone en riesgo su integridad y la de los demás, o bien, altera el orden o la tranquilidad en lugares de uso o acceso público"[34], la cual será reevaluada cada 30 días con la opinión de un médico distinto al tratante; y iii) la internación judicial dispuesta por una resolución judicial[35]. No obstante, una salvaguardia que dispone la norma es que estas hospitalizaciones involuntarias deben ser siempre comunicadas a la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales[36]. Además, "[l]a Autoridad Sanitaria Regional velará por el respeto de los derechos de las personas ingresadas en instituciones de salud mental, y autorizará el ingreso de todas las hospitalizaciones involuntarias que excedan de setenta y dos horas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 130 y 131 del Código Sanitario"[37].

Un ámbito de especial preocupación en este tema es que el D.S. 570, además de regular reglamentariamente varias materias que son más propias de legislación, permite que en contextos de internación involuntaria se suspenda el consentimiento previo e informado para tratamientos médicos, exceptuando los de carácter irreversible, cuando i) el paciente sea niño, niña o adolescente, en cuyo caso el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal; ii) el paciente se encuentre inconsciente y requiere del tratamiento para salvar su vida; iii) el paciente se encuentre sujeto a una internación judicial; iv) el paciente es mayor de edad y sea evaluado por su médico tratante como incapaz de decidir, en cuyo caso la decisión será de un familiar o el director del establecimiento[38]. Esta disposición deja un margen de acción excesivo a la autoridad sanitaria, sobre todo en los casos de internación judicial, donde a la persona con discapacidad mental –por el solo hecho de ser internada– se le niega la posibilidad de consentir a los tratamientos médicos a los cuales será sometida, aun cuando esté consciente. Sin perjuicio de lo anterior, al INDH le preocupa la extensa regulación de ámbitos de derechos de estas personas a través de decretos reglamentarios.

PROCEDIMIENTOS IRREVERSIBLES

Un último ámbito a revisar corresponde a los procedimientos médicos irreversibles, donde se agrupan la psicocirugía y las esterilizaciones. La realización de estas intervenciones se encuentra regulada a nivel general en la Ley 20.584, que establece que "toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud"[39]. Además, señala la ley, en el caso que "la persona no se encuentre en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales

31 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 25.

32 Decreto Supremo Nº 570 del Ministerio de Salud del 28 de agosto de 1998, aprueba reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y los establecimientos que la proporcionan. Este reglamento se encuentra en proceso de actualización, debiendo ser aprobado en diciembre de 2014 (Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014). También se encuentra vigente la Resolución Exenta Nº 392 del Ministerio de Salud del 13 de junio de 2006 que aprueba la norma técnica sobre residencias protegidas.

33 Decreto Supremo Nº 570 del Ministerio de Salud, art. 13.

34 Ibídem, art. 14.

35 Ibídem, art. 15.

36 Las Comisiones Regionales corresponden a la representación en cada región de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

37 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 25.

38 Decreto Supremo Nº 570 del Ministerio de Salud, art. 22.

39 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 14.

como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento"[40]. Sin embargo, esta norma permite que una persona con discapacidad mental sea tratada contra su voluntad cuando se cumplen los siguientes requisitos copulativos: "a) Esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros, y que suspender o no tener tratamiento significa un empeoramiento de su condición de salud. En todo caso, este tratamiento no se deberá aplicar más allá del período estrictamente necesario a tal propósito; b) El tratamiento responda a un plan prescrito individualmente, que atienda las necesidades de salud de la persona, esté indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles; c) Se tenga en cuenta, siempre que ello sea posible, la opinión de la misma persona; se revise el plan periódicamente y se modifique en caso de ser necesario, y d) Se registre en la ficha clínica de la persona"[41]. La única excepción a esto la constituye la participación en investigaciones científicas, ámbito donde existe una prohibición general de participación a aquellas personas con discapacidad mental que no puedan expresar su voluntad[42].

En términos específicos, la psicocirugía se encuentra regulada para los establecimientos que la proporcionan en la Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud (2002), sean estos públicos o privados. Se le reconoce como un tratamiento invasivo e irreversible y se expone que "no existe suficiente evidencia científica ni completo consenso universal acerca de la adecuada relación que debe existir entre los eventuales beneficios y perjuicios que pudiere significar para el enfermo"[43]. De acuerdo con esta norma, la psicocirugía solo constituye una opción terapéutica para aquellas personas que presenten "trastornos resistentes depresivos mayores o trastornos obsesivo compulsivos de gran severidad, refractarios a los tratamientos aceptados y disponibles en el país, que hayan sido aplicados en cantidad y frecuencia suficiente, por el tiempo que sea necesario, y según la prescripción del médico tratante a cargo"[44].

Para la realización de la psicocirugía se requiere que en la ficha clínica quede constancia de una segunda opinión psiquiátrica que ratifique el tratamiento a realizar y el consentimiento válido e informado del paciente –o, en caso que el médico tratante fundamente que este no se encuentra capacitado para ello, de su representante legal–, además de remitir obligatoriamente los antecedentes con un mínimo de 30 días de anticipación a la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales (CONAPPREM)[45], entidad que visará el procedimiento[46].

Por su parte, la esterilización se encuentra regulada en la Resolución Exenta Nº 1110 del Ministerio de Salud que aprueba la Norma Técnica Nº 71 sobre normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental. Aquí se establece que este procedimiento solo es aplicable a "personas mayores de edad con discapacidad psíquica que afecte la capacidad para la reproducción, la maternidad/paternidad y la crianza y que no tengan la capacidad para dar consentimiento informado"[47]. En este sentido, no puede solicitarse un procedimiento de esta naturaleza para niñas y niños con discapacidad mental, en la medida que no han completado su desarrollo. Así, en caso de requerir anticoncepción siempre se les indicarán métodos reversibles.

40 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 24.

41 Ibídem, art. 27.

42 Ibídem, art. 28.

43 Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud del 20 de junio de 2002, que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, considerando 2º.

44 Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud del 20 de junio de 2002, que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, art. 2.

45 Esta entidad fue modificada por el Decreto Nº 23 del Ministerio de Salud del 12 de junio de 2012, en atención a la entrada en vigencia de la ley 20.584. Su función es velar por la protección de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en materia de salud, ya sea en el ámbito público o privado. A nivel regional, tiene representación por medio de Comisiones Regionales de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

46 Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud del 20 de junio de 2002, que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, art. 3.

47 Norma Técnica Nº 71 sobre normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental, pág. 20. Tanto esta norma técnica, como la Resolución Exenta 656 (2002) se encuentran en proceso de actualización, esperando ser aprobadas en diciembre de 2014, según el Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

Además, señala la norma técnica, la solicitud de esterilización no puede hacerse en favor de una institución o para la conveniencia de terceros, y "de ninguna manera [debe] representar una solución al peligro de abuso que corren las personas con discapacidad mental"[48]. Al igual que en el caso de la psicocirugía, la realización de una esterilización quirúrgica en personas con discapacidad mental debe cumplir una serie de requisitos, entre los que se encuentran la solicitud ante el Comité de Ética de cada centro asistencial y la revisión de los antecedentes por parte de la CONAPPREM, entidad que autoriza o rechaza el procedimiento[49].

A partir de lo expuesto, se puede concluir que la implementación del modelo social de la discapacidad se enfrenta a una contradicción en el derecho interno, alejada de los estándares internacionales. Al respecto, el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) confirma "la deficiente implementación interna del artículo 12 [...] reconociéndose de esta manera que la armonización legislativa en este sentido, es entonces, una tarea pendiente de máxima urgencia en nuestro país"[50]. A los fines de armonizar la normativa de acuerdo con los estándares, esta debiera reconocer la gradación existente en la discapacidad mental; el derecho a prestar declaraciones, con ayuda si es necesario; la capacidad jurídica de estas personas en todas las materias; asegurar el derecho de acceso a la información que contiene su ficha médica, entre otros aspectos.

SITUACIÓN SOBRE AUTONOMÍA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN CHILE

Según datos del Ministerio de Salud, en el año 2013 hubo 473.920 ingresos de salud mental a nivel nacional, de los que 35,2% son hombres y 64,8% mujeres. Predominan los ingresos en la Región Metropolitana (214.865), Región del Biobío (56.507), Región de Valparaíso (41.689), Región de O'Higgins (27.124), Región de Los Lagos (27.020), Región de La Araucanía (22.079)[51]. Los ingresos por Retraso Mental fueron 4.285 (49,8% hombres y 50,2% mujeres). Sin embargo, es aún mayor el número de personas que se controlan habitualmente en los servicios de salud, por razones de salud mental. El año 2013 fueron 821.871 personas (32,5% hombres y 67,5% mujeres), de las cuales 10.427 fueron controladas por Retraso Mental (47,3% hombres y un 52,7% mujeres).

Según información de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (oficio 7215, 2014) durante el año 2013, las causas ingresadas para interdicción por disipación[52] fueron 23 y por demencia fueron 1412.

Entre el año 2010 y julio de 2014 se registra un total de 8.994 ingresos de causas de interdicciones por demencia (8.883) o disipación (111). De las causas ingresadas por demencia se concentran en la Región Metropolitana 3.331 (37,5%), Región del Biobío 1.885 (21,2%), Región de Valparaíso 1.104 (12,4%). En cuanto a la interdicción por disipación, se concentran en la Región de Valparaíso 30 (27,2%), Región Metropolitana 29 (26,1%) y la Región del Libertador General Bernado O'Higgins 13 (11,7%).

En cuanto a las *interdicciones*, un análisis desarrollado por el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados señaló que "[l]a regla general es la ausencia de capacidad civil para las personas con discapacidad mental. En este sentido, toda la gama de discapacidad mental es considerada de la misma forma, sin que se prevea la posibilidad de autonomía o capacidad progresiva para cada caso. Esta regla hace que las personas con discapacidad mental sean doblemente discriminadas en el ejercicio de su capacidad jurídica, primero respecto de las personas sin discapacidad y segundo, respecto de las personas con otras discapacidades. Finalmente, cabe señalar que los procedimientos judiciales de interdicción por demencia y nombramiento de curador, que operan con el solo mérito de la certificación médica y de su inscripción respectiva, no cumplen con los estándares de protección civil que la Convención señala" (Cámara de Diputados, 2013, pág. 19).

48 Norma Técnica Nº 71 sobre normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental, pág. 21.

49 Ibídem, págs. 21-24.

50 Oficio Nº 3648 de SENADIS, de 29 de agosto de 2014.

51 Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

52 Según el art. 445 del Código Civil, la disipación se manifiesta por una dilapidación de recursos o falta total de prudencia.

Por su parte, el Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental ha señalado que la legislación vigente en Chile –en especial la Ley 18.600– contraviene los principios de la CDPD y, por ello, es necesario "transitar de un modelo de sustitución en la toma de decisiones[53] a un modelo de apoyo en la toma de decisiones[54]" (ODDHHPDM, 2014, pág. 22).

Posición similar posee SENADIS, para el que se debe "pasar de un sistema de sustitución de la voluntad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones"[55]. Para eso, parte de sus propuestas contemplan que "debe ser derogada la primera parte del artículo 1447 del Código Civil que elimine la incapacidad absoluta"[56]. Además debería modificarse y/o derogarse el artículo 4 de la Ley 18.600, pues contempla un procedimiento de incapacitación definitiva, lo que contraría los principios de igualdad y no discriminación. Lo mismo para el artículo 16, ya que "permite pactar una remuneración inferior al ingreso mínimo, únicamente en razón de la discapacidad mental del trabajador, lo que impide alcanzar la finalidad de inclusión social de las personas que integran esta colectividad"[57].

Es así que SENADIS desde el 2001 decidió dar inicio a un sistema de defensoría[58]. Este sistema consiste en la coordinación de distintas instituciones públicas y privadas que otorgan asesoría y representación jurídica gratuita, siendo el principal tema de consulta la vulneración y/o discriminación basada en la discapacidad. Para ello, SENADIS ha desarrollado convenios con universidades para apoyo a través de clínicas jurídicas, además de financiar abogados/as en las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ)[59]. Al respecto, cabe mencionar que el presupuesto total del año 2014 es menor al del 2012[60], mientras que la CAJ Valparaíso ha obtenido el mayor presupuesto a lo largo de estos cuatro años de funcionamiento[61] y la CAJ Biobío el menor[62].

El INDH también ha presentado su opinión por medio de un *amicus curiae*. Fue el caso de una persona con síndrome de Down que, contando con una tarjeta de una empresa del retail, no se le permitió pagar con ella, pues según la empresa "debía contar con un certificado médico para comprar", situación constitutiva de discriminación arbitraria por motivos de discapacidad. Con esta acción se negó su capacidad jurídica, solo por "suponer incapacidad absoluta de una persona que posee síndrome de Down exclusivamente por un examen superficial de su aspecto físico, [lo cual] no solo es contrario a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de capacidades diferentes, sino que también es contrario a la evidencia científica sobre la materia"[63].

En cuanto a la internación no voluntaria, dentro de los datos existentes que ha revisado la CONAPPREM, solo poseen registro de las internaciones administrativas, de forma que no se conoce el universo total de internaciones en el país, incluyendo las de urgencia y las judiciales[64]. Durante el año 2011, la CONAPPREM registró aproximadamente

53 Basado en la incapacidad de las personas con discapacidad mental para ser titular y ejercer derechos, habilitando a un tercero para tomar decisiones que podrían tomar ellas mismas (ODDHHPDM, 2014).

54 Basado en la igualdad y la dignidad intrínseca de todas las personas, donde se presume que las personas con discapacidad mental son capaces de ejercer sus derechos y tomar decisiones, y que en determinados casos, de acuerdo con situaciones específicas, pueden ser asistidas pero no sustituidas por un representante, considerando las garantías judiciales en la promoción de su autonomía (ODDHHPDM, 2014).

55 Oficio Nº 3648 de 29 de agosto de 2014.

56 Oficio Nº 3648 de SENADIS de 29 de agosto de 2014.

57 Ibídem.

58 Según la información contenida en el Oficio Nº 3648 de 29 de agosto de 2014, en la actualidad SENADIS está diseñando un programa de acceso a la justicia con financiamiento propio.

59 SENADIS respondió, mediante Oficio Nº 3648 de 29 de agosto de 2014, que tiene pendiente la generación de datos desagregados sobre las atenciones realizadas en su programa de asesoría jurídica.

60 De los $177.500.000 millones de pesos asignados a las CAJ en 2012, se pasó a $165.800.000. El año 2011 no se considera, por ser un presupuesto reducido que contempla solo octubre a diciembre de 2011 ($22.500.000). Datos según Oficio Nº 3648 de SENADIS, con fecha 29 de agosto de 2014.

61 CAJ Valparaíso contempla la II, IV y V región, obteniendo un presupuesto de $152.000.000.

62 El año 2012, de las cinco regiones que agrupa la CAJ Biobío (VIII, IX, X, XI, XIV), solo tres estaban en funcionamiento. Las otras dos entran en funcionamiento el 2013. Su presupuesto asciende a $114.000.000 entre 2012 y 2014. Datos según Oficio Nº 3648 de SENADIS, con fecha 29 de agosto de 2014.

63 INDH, Amicus *curiae* presentado en la causa Rol Nº C-1389-2013.

64 "El registro de estas solicitudes no se realiza de manera centralizada en el REM o SIGGES. Cada Servicio de Salud y Seremi cuenta con registros locales cuyo procesamiento no pudo ser obtenido en los plazos requeridos para la elaboración de este informe […] la solicitud realizada por el INDH visibiliza una brecha en el sistema centralizado de registros de información". Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

600 internaciones administrativas ejecutadas[65]. La ausencia de información completa dificulta el análisis sobre la situación nacional, tanto desde el punto de vista de los derechos humanos, como para una adecuada planificación, diseño y ejecución de políticas en este campo.

Para SENADIS, el Decreto Nº 570 del Ministerio de Salud sobre la internación de personas enfermas mentales, en su título ya da muestra de la utilización de "términos peyorativos y desactualizados, debiendo ser reemplazado por otros que hicieran mención a la atención en salud mental propiamente tal, eliminando la referencia a 'enfermedades o enfermos mentales'"; mientras que las expresiones "tratamiento psiquiátrico" e "internación a una persona con enfermedad o trastorno mental", usadas en su artículo 8, debieran reemplazarse por "atención en salud mental" y "persona con trastorno mental o del comportamiento"[66].

El Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud, en entrevista con el INDH, señaló que "el espíritu de la Convención es que no existan [internaciones involuntarias], pero, en la práctica […n]o hay ningún país en el mundo, que yo conozca, que haya eliminado toda forma de internación involuntaria. Es un tema que estamos lejos de evitar por completo"[67]. Además, el entrevistado planteó la existencia de aspectos que no están adecuadamente regulados en nuestro país y que constituyen un mandato desde los estándares internacionales, entre los que se cuentan: "que la autorización y la indicación de que se lleve a cabo una internación involuntaria debiera ser por un organismo autónomo, la OMS habla de organismos judiciales o cuasi judiciales y acá lo hace la SEREMI de Salud que no es autónoma; que existan organismos de revisión autónomos, pues la Comisión Nacional de Protección –que es un avance– depende de la autoridad de salud, es un organismo asesor del Ministerio; y que existan mecanismos de apelación, que hoy no existen"[68].

Una persona que estuvo internada involuntariamente por alrededor de un mes en el año 2007, en la Unidad de Corta Estadía del Hospital Sótero del Río, describe su experiencia de internación en los siguientes términos: "hay cero consideración, en todo ese tiempo fui un títere, estuve amarrado, súper medicamentado, nos bañábamos con agua fría. Tú no sabes nada, te dicen qué tienes que tomar, lo que tienes que comer, dónde tienes que ir, pero no te dan información sobre los tratamientos o quién te va a atender. Ni siquiera tuve un diagnóstico por varias semanas"[69]. Ante la consulta por los derechos que deberían cautelarse durante una internación, el entrevistado señaló: "el derecho a decidir si me quiero internar o no, al consentimiento informado, a saber cuánto tiempo voy a estar ahí, en qué consiste el tratamiento que me van a realizar, cuáles son los efectos inmediatos y medianos de las drogas que me van aplicar, si tengo alternativa para esas drogas, si quiero este tratamiento o no, a tener un diagnóstico en el plazo más breve posible, a tener la información completa"[70].

En esa línea, analizando el Decreto Nº 570, SENADIS explicita que se excluye el consentimiento del paciente. Además, frente a la posible reevaluación de la internación, no se contempla la posibilidad de una evaluación judicial, elemento que se debería considerar, pues "la internación se trata de una privación de libertad, que se ve intensificada en razón de la situación de discapacidad intelectual de estas personas"[71].

En particular, en cuanto a la atención especializada en los establecimientos de salud mental cerrados, de 310.628 personas atendidas el 2010, se pasó a 602.974 personas

65 Se indica el valor aproximado porque los totales presentados para la Región Metropolitana (RM) varían entre 164 y 174 internaciones administrativas el año 2011 (108 hombres y 56 mujeres, total 174). No se indican datos de la RM año 2012. El resto de las regiones presentan 425 internaciones administrativas el año 2011, concentrándose especialmente en la Región de La Araucanía (128), del Biobío (122), Valparaíso (52) y el Maule (47). El año 2012 el total fue de 532 internaciones administrativas, excluyendo la RM: Región de La Araucanía (142), del Biobío (130), Valparaíso (97), Los Lagos (56) y el Maule (48). Cabe destacar que las regiones I, IV, VI, XIV y XV no registran ninguna internación administrativa los años 2011 y 2012. Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014

66 Oficio Nº 3648 de SENADIS, 29 de agosto de 2014.

67 Entrevista a Mauricio Gómez, Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud. La entrevista fue realizada el 21 de agosto de 2014.

68 Entrevista a Mauricio Gómez, Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud. La entrevista fue realizada el 21 de agosto de 2014.

69 Entrevista a Rodrigo Fredes, presidente de Fundamental Chile, organización de personas en situación de discapacidad psicosocial. La entrevista fue realizada el 23 de julio de 2014.

70 Ibídem.

71 Oficio Nº 3648 de 29 de agosto de 2014.

el 2013[72]. El Ministerio de Salud reconoce que "[u]na falencia importante es la [ausencia de] mayor disponibilidad de servicios de psiquiatría de corta estadía para la población infantojuvenil, existiendo actualmente ocho de estos servicios"[73]. El caso de Robinson García da cuenta de que este problema también se extiende a la internación en larga estadía, pues como persona imputada con epilepsia y discapacidad mental, le correspondía ser internado en un hospital psiquiátrico. Sin embargo, al no tener cupo el hospital fue recluido en el Centro de Detención Penitenciario Santiago I, donde murió una semana más tarde, el día 11 de enero de 2013, al no recibir sus medicamentos. Según Gendarmería, al 1 de febrero de 2013 había un total de 158 personas imputadas que poseían alguna discapacidad; nueve de ellas tenían discapacidad mental[74], situación que no se encuentra acorde con la normativa nacional ni internacional.

En cuanto a los *procedimientos irreversibles y las cirugías* a las que se ven sometidas las personas con discapacidad mental, no existen registros centralizados. Todos los procedimientos deberían ser informados a la CONAPPREM. Esta evaluó seis casos entre 2010 y 2013, los cuales no cumplían con los requisitos para ser autorizados. Frente a la falta de datos, "[e]xiste preocupación por que se realicen psicocirugías sin que sean informadas a la CONAPPREM, particularmente en el ámbito privado"[75], elemento que debe ser prontamente solucionado por las autoridades competentes en este ámbito.

Para el Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud, "si la evidencia dice que con esta cirugía, más los medicamentos y la psicoterapia cognitiva conductual, el paciente va a mejorar su calidad de vida, tiene derecho a decidir si está dispuesto a realizársela. El tema aquí es la transparencia, el consentimiento y la libertad de elegir de la persona cuando se le ha dado toda la información pertinente. Es decir, que cada persona en su sano juicio pueda decidir. El tema es cuando no estás en tu sano juicio, ahí no debería imponerse un tratamiento irreversible. Ahí está la lógica: no aplicar estos procedimientos a gente sin consentimiento porque es demasiado invasivo, pero si la persona tiene capacidad de consentimiento es su decisión aceptar si la han informado bien, si han sido honestos con ella, si la técnica está bien aplicada y todo"[76].

Respecto de las *esterilizaciones involuntarias*, la dificultad para obtener estadísticas es similar a la de las psicocirugías. A nivel nacional también le corresponde a la CONAPPREM autorizarlas, por lo que esta Comisión debería registrar la totalidad de esterilizaciones. "De los 28 casos llegados a la Comisión Nacional en este período [2010-2014], 17 casos, equivalentes a 59% del total, han reunido los requisitos para efectuar el procedimiento. Muchas de estas solicitudes no han tenido el perfil exigido o han faltado antecedentes para evaluar el caso", rechazando al menos cuatro casos por corresponder a menores de edad[77].

La presidenta de la Fundación Down21 Chile señala que la esterilización involuntaria en mujeres y niñas existe en Chile, y "se da indistintamente en personas con recursos y sin recursos [...] Cuando llega a consulta una persona con síndrome de Down el médico ofrece la esterilización sin consentimiento, porque hay ignorancia de que son ciudadanos de pleno derecho y, en el caso de los niños, de que están en desarrollo. En cuanto a los mayores de 18 años, no hay conciencia de que, si bien se puede esterilizar, tiene que ser con consentimiento de la persona, y que hay que llegar a ese consentimiento educando, preguntando y dando los apoyos necesarios para que sea la propia persona la que tome la decisión. Sin embargo, a mujeres mayores de 18 años igual le hacen esterilización forzosa porque tú les preguntas y no saben lo que les hicieron"[78]. Además, la entrevistada agrega que "las familias no esperan a que las niñas tengan 18 años, porque es más fácil, no les dicen nada, incluso les sacan el útero para que no les llegue la menstruación, porque así andan más limpias [...] Recientemente conocimos el caso de una niña de 12 años con discapacidad mental que fue

72 Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014. No se presenta el dato desagregado por sexo o edad.

73 Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

74 Oficio Nº 30 de Gendarmería de 31 de enero de 2013.

75 Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

76 Entrevista a Mauricio Gómez, jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud. La entrevista fue realizada el 21 de agosto de 2014.

77 Oficio Nº 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

78 Entrevista a Irma Iglesias, presidenta de la Fundación Down21 Chile. La entrevista fue realizada el 1 de septiembre de 2014.

esterilizada en un servicio público de Viña del Mar […]. En el control de rutina llegó un momento en que la doctora que la atendía le dijo a la madre que ya era tiempo de ver el tema de la esterilización, porque era mejor hacerlo cuando eran pequeñitas que cuando era más grande, que ahí era más complicado, y que ella tenía que autorizar el procedimiento […]. La doctora nunca le dijo que no se podía, yo vi los papeles y lo que puso fue que operaron a la niña por ovarios poliquísticos"[79]. La CONAPPREM recibió 12 reclamos el año 2013 para revisar casos de esterilización.

79 Entrevista a Irma Iglesias, presidenta de la Fundación Down21 Chile. La entrevista fue realizada el 1 de septiembre de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

Bravo, D. (16 de octubre de 2014). *El drama de María Luisa. Madre con discapacidad cognitiva lucha por la tuición de su hija.* The Clinic. Chile.

Cámara de Diputados (2013). *Evaluación de la Ley Nº18.600 Establece normas sobre discapacitados mentales*. Chile.

Cisternas, M. S. (28 de julio de 2014). Discurso Premio Nacional de Derechos Humanos 2014 [archivo de audio]. Santiago, Chile.

FONADIS. *Resultado Nacional Prevalencia de Personas con Discapacidad en Chile.*
Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_discapacidad/pdf/presentacionresultadosestudionacionaldeladiscapacidad.pdf

INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile.

INDH (2013). *Análisis del significado de las ocupaciones atribuidas a ser mujer y madre para un grupo de mujeres con discapacidad intelectual en la ciudad de Punta Arenas. Tesis ganadora del Concurso "Cuenta tu tesis en derechos humanos" 2013* . Santiago, Chile.

INDH (11 de diciembre de 2013). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Obtenido de INDH: http://www.indh.cl/encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2013

ODDHHPDM (2014). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*. Santiago, Chile.

Riquelme, O. (7 de abril de 2014). Víctimas eran nueve pacientes psiquiátricos y una cuidadora del recinto, ubicado en Paillaco, región de Los Ríos: Diez personas mueren a puertas cerradas en incendio en una casa de reposo. *El Mercurio, sección Nacional,* pág. C9.

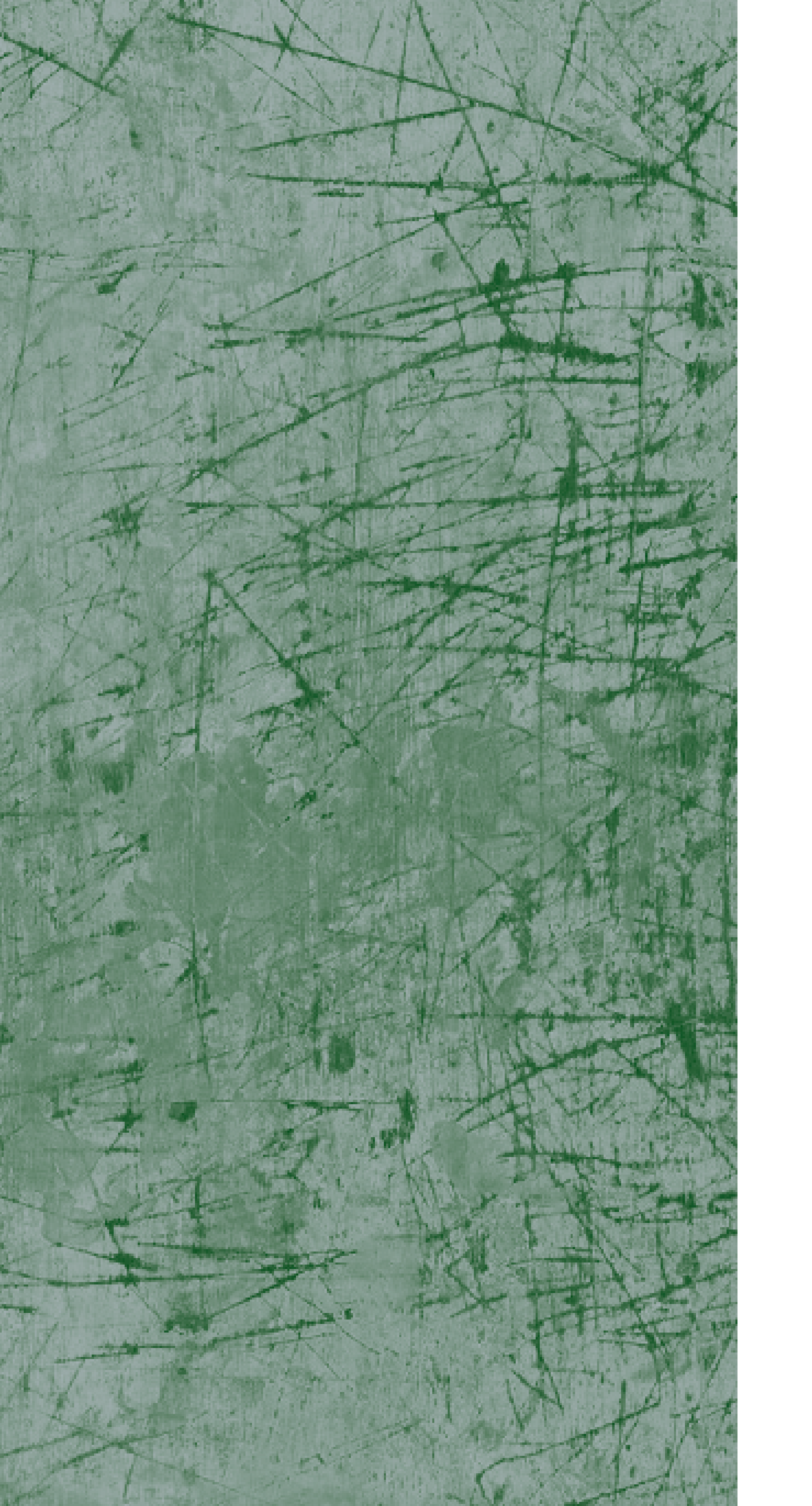
SENADIS (2005). *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile. ENDISC-CIF 2004.* Santiago, Chile. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_discapacidad/discapacidad.php

3

DERECHOS DE LAS PERSONAS AFROCHILENAS



Fotografía: Organización Oro Negro



DERECHOS DE LAS PERSONAS AFROCHILENAS

3

ANTECEDENTES

La lucha contra la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia ha desempeñado un rol fundamental en la extensión de las fronteras de protección de los derechos humanos. La prohibición de discriminación por razones de raza y etnia han sido gravitantes en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, constituyendo su prohibición un principio que recorre toda la normativa internacional de derechos humanos, encarnada en la cláusula de igualdad y no discriminación. Se trata de un principio que pertenece al dominio del *ius cogens* por constituir una norma imperativa de derecho[1]. Ello no es casual, sino que responde a que las expresiones extremas de intolerancia (racismo, xenofobia y otras) han devenido en lesiones sistemáticas a la dignidad humana, como los crímenes de odio, el genocidio, el *apartheid*, y la esclavitud, los que han impactado la conciencia de la comunidad internacional.

El sustrato común a todas estas formas de vejaciones y crímenes ha sido la negación de la condición de sujeto/a titular de derechos, individuales y colectivos, de otras y otros, que por su color de piel, su etnia, su nacionalidad, o por cualquier otra condición, son diversos/as y distintos/as a la sociedad mayoritaria y basándose en esa diferencia se les han conculcado, privado o lesionado sus derechos fundamentales. En la base de las prácticas discriminatorias se esconde, las más de las veces, una institucionalidad pública y una sociedad que no es capaz de concebirse en la diversidad, y por lo tanto desconoce o niega la diferencia y su pluralidad identitaria.

Conscientes de que la descendencia de la diáspora africana es objeto de violaciones a sus derechos y libertades fundamentales, las Naciones Unidas dará inicio en el año 2015 al Decenio Internacional de los Afrodescendientes, bajo el lema 'reconocimiento, justicia y desarrollo', llamado que reitera el que todos los seres humanos estamos dotados de una misma dignidad y que toda doctrina fundada en la superioridad racial es "[c]ientíficamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa y deben rechazarse, al igual que las teorías con que se pretenda determinar la existencia de distintas razas humanas" [2].

En el caso de Chile, la condición pluricultural de la sociedad se refleja no solo en la presencia de nueve pueblos originarios, sino en la existencia de otros grupos humanos, que compartiendo rasgos identitarios, se autoidentifican en su condición de descendientes de la diáspora africana nacidos en Chile. En tanto colectivo que se asume en la diferencia con el resto de la población que habita el territorio nacional, hoy demandan reconocimiento de ese estatus. La esclavitud fue abolida en Chile por Ley de 24 de julio de 1823 y se estima que a la época había entre tres mil y cinco mil esclavos negros y pardos (Feliú, 1973, pág. 13). Ello dejó una huella imperecedera hasta al día de hoy.

Se trata de un colectivo especialmente vulnerable como consecuencia del general desconocimiento de que han sido objeto históricamente. En el año 2013, Chile fue examinado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación

1 La Comisión IDH ha señalado a este respecto que "[e]l principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico". Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 de diciembre 2011, párr. 94. Ver también, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 98. Un efecto derivado de esta condición, es que las obligaciones de protección, respeto y garantía, son exigibles a todos los Estados y genera efectos respecto de todos, incluidos los particulares. Es decir, es una norma *erga omnes*, oponible a todas y todos sin excepción y por lo mismo, de efectos horizontales. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr.110.

2 Resolución aprobada por la Asamblea General el 23 de diciembre de 2013. A/RES/68/237 de 7 de febrero de 2014.

Racial[3]. En el Informe complementario al Comité, el INDH señaló casos en que personas afrodescendientes habían sido objeto de actos de discriminación, como la intención de despedir de su trabajo a una persona por su color de piel[4]. Actos racistas de estas características deben interpelar a la institucionalidad pública y la sociedad en su conjunto, a los fines de garantizar la dignidad de todos y todas, asumiendo en plenitud nuestra diversidad cultural e identitaria.

El presente apartado se propone contribuir a visibilizar la situación de los afrodescendientes chilenos, en la convicción de que este es el paso inicial para avanzar en la construcción de políticas orientadas a la protección y garantía de los derechos humanos de los que son titulares[5]. Para ello, se aborda de manera sucinta algunos antecedentes históricos de la presencia afro en el territorio nacional. En segundo lugar, se revisan los estándares internacionales aplicables a la población afrodescendiente, y por último, su situación en el ejercicio y goce de aquellos derechos reconocidos en la normativa nacional e internacional. No se hace referencia a la población migrante afrodescendiente, en atención a que dicho colectivo ha sido objeto de análisis en otros informes por parte del INDH[6].

3 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano de especialistas independientes que supervisa la aplicación de la Convención. Se constituyó en mandato al art. 8 de la Convención.

4 INDH. Informe Complementario INDH sobre aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas los Formas de Discriminación Racial. Párr. 107. Los datos del caso se encuentran disponibles en: http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/12/27/455112/director-del-fosis-de-arica-y-parinacota-presenta-su-renuncia-tras-polemica.html

5 Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011, párr. 6.

6 La situación de la población migrante afrodescendiente ha sido analizada en diversos informes por el INDH, entre ellos: Informe Misión de Observación Situación de la Población Migrante Iquique Colchane, 29 al 31 de mayo de 2013. Disponible en: http://bibliotecadigital.indh.cl Ver Informe Anual 2012, pág. 161 y siguientes; e Informe Anual 2013, pág. 151 y siguientes. En estos informes se ha dado cuenta de las dificultades que los afrodescendientes, así como otros grupos de migrantes, encuentran para ingresar al país, así como los obstáculos en el acceso a prestaciones de salud y educación; y las precarias condiciones en que muchos/as viven. También se consignan las denuncias de organizaciones de migrantes y de otras organizaciones de la sociedad civil por rechazos en frontera a solicitantes de refugio, trato denigrante y discriminatorio de parte de los/as funcionarios/as, y arbitrariedades en la exigencia de requisitos poco claros para autorizar el ingreso –como los montos de solvencia o 'bolsas de viaje'– que tienen entre otras consecuencias, el aumento de la migración irregular y del tráfico de migrantes.

LA PRESENCIA AFRICANA EN CHILE

La trata y la esclavitud de población de origen africana en América duró cuatro siglos. Particularmente en Sudamérica, ellos fueron destinados a la explotación de minas en Bolivia y Perú, en las plantaciones de azúcar, algodón, café y coca, entre otras, existentes en los valles andinos y la costa caribeña. También fueron designados para realizar tareas rurales como peones, sirvientes domésticos y artesanos (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2010, pág. 17)[7].

En el caso del territorio que actualmente comprende Chile (que de aquí en adelante y para simplificar llamaremos simplemente "Chile"), la esclavitud de personas de origen africano fue una expresión secundaria, frente a otras formas y fuentes de trabajo forzado. Predominó en estas latitudes la 'encomienda'[8] (Mellafe, 1959, pág. 28), sistema de trabajo que abasteció de brazos indígenas la producción minera y agropecuaria. Así, la mano de obra esclavizada de origen africano fue vital en aquellos territorios en que los pueblos originarios fueron diezmados como consecuencia de la conquista en América[9].

Los registros censales disponibles así como diversos otros testimonios y fuentes desmienten la creencia de que en Chile, la presencia afro no habría existido. Dicha interpretación de los hechos ha sido funcional a la idea dominante de una sociedad e identidad nacional homogénea culturalmente, negando su

7 El estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD– estima que entre los primeros años de la conquista europea y la abolición de la esclavitud en Brasil (último país americano en decretarla), llegaron al continente, aproximadamente, entre 20 y 40 millones de esclavos/as.

8 De origen medieval, la encomienda es una institución por la que por los servicios prestados a la Corona, a cada conquistador se le asignaba un conjunto de indios/as, los/as que debían rendir un tributo a su favor. A cambio de esta prestación o tributo, el conquistador se obligaba a protegerlos y evangelizarlos. En el caso del territorio chileno, este tributo consistió en la realización de servicios personales a favor del conquistador "[q]ue los indios realizaban como mano de obra, predominantemente en lavaderos de oro" (DIBAM)

9 El autor afirma que: "En las Antillas y en Tierra Firme se planteará, pues, por primera vez, el problema y la solución de la mano de obra, que se repetirá en parecidas condiciones en las demás secciones de América. Cuando las encomiendas no bastaron por falta de población indígena o porque la legislación indiana los protegía de ciertos trabajos, la falta de brazos se suplió con esclavos" (Mellafe, 1959, pág. 28).

carácter plural y diverso. La población esclava afrodescendiente fue importante y demográficamente significativa[10].

Esta población esclava tendió a concentrarse en la ciudad de Arica, y los valles andinos colindantes a ella, región que se incorporó plenamente a la soberanía chilena a partir del tratado de Lima de 1929. Otro lugar de concentración de población de origen africano fue el valle de Azapa, un centro de producción de caña de azúcar y siembra de algodón, principales cultivos que concentraron la mano de obra esclava.

Para 1813, de acuerdo con las estimaciones censales de entonces, la población afrodescendiente desde Copiapó por el norte, hasta Talca por el sur (sin considerar la provincia de Santiago y Concepción), arrojaba una cifra de 22.661 personas negras y mulatas sobre un total de población de 295.000 (Salgado, 2013, pág. 61)[11].

La importancia de la población afro queda evidenciada por su rol en las luchas por la independencia. Es reconocida la participación del 'Batallón de Infantes de la Patria' durante la guerra de la independencia, milicia integrada por personas negras y mulatos de la ciudad de Santiago, que sirvieron a las ordenes de los libertadores y tuvieron destacada actuación en las batallas decisivas incluida la de Maipú (Contreras, 2011, pág. 85).

10 La presencia esclava de origen africano está documentada desde la llegada de los primeros conquistadores españoles (Diego de Almagro y Pedro de Valdivia). Este último habría traído alrededor de diez personas esclavas de origen afrodescendiente (Mellafe, 1959, pág. 50). Para 1570 este autor refiere que en lo que es la capitanía de Chile hay: "7 mil negros y mestizos de color (7 mil vecinos españoles y 10 mil mestizos) (Mellafe, 1959, pág. 217). Estimaciones censales indican que entre los siglos XVII y XVIII, el 10% de la población asentada entre Atacama y el río Maule, correspondía a aquella de ascendencia africana. Datos obtenidos en 1778 por el empadronamiento de la población encargado por el gobernador Agustín de Jáuregui, determinó que, de un total de 259.646 habitantes, unos 25.508 tenían sangre negra –aproximadamente un 10%–, asentado mayoritariamente entre Atacama y el río Maule (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2010, pág. 50). A mediados del siglo XIX (1871) la población afrodescendiente de Arica representaban el 58% de la población total (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2010, pág. 49).

11 Las cifras corresponden a la sistematización del censo de 1813 disponible en: http://www.ine.cl/canales/usuarios/cedoc_online/censos/pdf/censo_1813.pdf

3 ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes destinado a prohibir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[12]. La Convención constituye el primer instrumento internacional de carácter vinculante que ofreció una definición de discriminación racial, señalando que es "[t]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública"[13].

La Convención habla de 'discriminación racial' y los instrumentos internacionales de derechos humanos utilizan el concepto 'raza'[14] para señalar las categorías sospechosas de discriminación. Este concepto junto con el de 'etnia' han desempeñado un papel en tanto "[p]lataforma conceptual para movilizar los procesos de identidad política de los afrodescendientes (…) y ha permitido sentar las bases para la autoidentificación de estas poblaciones en los censos y las encuestas" (CEPAL, 2009, pág. 17). Ambos conceptos son dinámicos en el sentido de que no constituyen 'categorías fijas' y "[d]eben ser entendidos como construcciones sociales que responden a los contextos políticos de la historia de las ideas, del conocimiento institucionalizado y de las prácticas sociales" (CEPAL, 2009, pág. 18) . Por 'raza' se han entendido las características fenotípicas (o características físicas notorias, como el color de la piel) de la población humana. "Esta

12 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. En el caso de nuestro ordenamiento: Decreto 747 que aprueba la Convención. Publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971.

13 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1.1.

14 Por ejemplo el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incluye dentro de los factores sospechosos de discriminación la 'raza'; o el art. 2.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño

noción alude a la división taxonómica del género humano a partir de distinciones biológicas, morfológicas y fisiológicas (…). En todo caso, cada una de estas caracterizaciones raciales responde a construcciones mentales y sociales que obedecen a estereotipos y prejuicios propios de una época y una circunstancia" (CEPAL, 2009, pág. 18), los que, como ha sido señalado por las Naciones Unidas en su resolución sobre esta materia, "deben rechazarse, al igual que las teorías con que se pretenda determinar la existencia de distintas razas humanas"[15].

El concepto etnia por su parte, "[d]enota a un grupo humano que comparte una cultura, una historia y costumbres, y cuyos miembros están unidos por una conciencia de identidad" (CEPAL, 2009, pág. 19).

Dado el despojo histórico de que han sido víctimas las personas afrodescendientes, y en la perspectiva de superar el legado de discriminación estructural[16] que padecen, se ha promovido desde el derecho internacional de los derechos humanos la necesidad de adoptar medidas especiales en relación con este grupo de la población. Se aspira mediante la implementación de estas acciones, corregir las desigualdades históricas que soportan determinados sectores de la población. Con este propósito, la Convención incorpora el concepto de 'medidas especiales'[17], también conocidas como medidas de acción afirmativa[18], sosteniendo que ellas en caso alguno pueden ser concebidas como un trato discriminatorio[19].

La Convención contiene un conjunto de disposiciones generales de protección, que consisten en la abstención de todo acto o práctica de discriminación fundada en la raza contra personas, grupos o instituciones; y obligaciones de garantía referidas a la prohibición y adecuación de conductas, prácticas y diseños normativos, incluidas las de enmendar, derogar o anular leyes y disposiciones reglamentarias que entrañen o fomenten un acto de discriminación en razón del origen racial de una persona, grupo o institución. Se impone a los Estados, en virtud de este tratado, la obligación de elaborar y seguir una política orientada a erradicar la discriminación racial en todas sus formas[20].

Esta obligación general de los Estados parte es especialmente relevante cuando las categorías de exclusión y segregación

15 Resolución aprobada por la Asamblea General el 23 de diciembre de 2013. A/RES/68/237 de 7 de febrero de 2014.

16 Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General Nº 34: Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 6. "El racismo y la discriminación estructural contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas y que se reflejan entre otras cosas, en lo siguiente; el hecho de que formen parte, junto con las poblaciones indígenas, de los grupos más pobres de la población; sus bajas tasas de participación y representación en los procesos políticos e institucionales de adopción de decisiones; las dificultades adicionales a que hacen frente en el acceso a la educación, la calidad de esta y las posibilidades de complementarla, lo que hace que la pobreza se transmita de generación en generación; el acceso desigual al mercado del trabajo; el limitado reconocimiento social y la escasa valoración de su diversidad étnica y cultural, y su desproporcionada presencia en la población carcelaria".

17 Ver. art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

18 Comisión IDH. La situación de las personas Afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, 5 de diciembre de 2011, párr. 24: "[m]edidas de acción afirmativa son una herramienta excepcional y temporal dentro del campo de las medidas positivas, mediante las cuales se otorga un tratamiento diferenciado a un grupo sistemáticamente desaventajado con el fin de corregir desigualdades estructurales y coadyuvar a la superación de los obstáculos que les impiden el pleno goce de sus derechos humanos". Nuestro ordenamiento hace un expreso reconocimiento a estas medidas en la ley que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, Ley 20.422, en los artículos 7º, 23 y 43.

19 Ver art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que "[e]l concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes, políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir las obligaciones previstas en la Convención deben complementarse, cuando las circunstancias lo aconsejen, con la adopción de medidas especiales temporales destinadas a garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos. Las medidas especiales forman parte del conjunto de disposiciones de la Convención encaminadas a eliminar la discriminación racial, para cuyo cumplimiento será necesario aplicar fielmente todas las disposiciones de la Convención". Recomendación General Nº 32, referida al significado y alcance de las medidas especiales. CERD/C/GC/32, 29 de septiembre de 2009, párr. 11.

20 Ver art. 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. De acuerdo con lo sostenido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la noción de discriminación y, por lo tanto, la prohibición abarca la discriminación intencional, también conocida como directa, de la discriminación práctica o indirecta, en este sentido, "[c]onstituye discriminación no solo una "distinción, exclusión o restricción" injustificables sino también una "preferencia injustificable". Recomendación General Nº 32, referida al significado y alcance de las medidas especiales. CERD/C/GC/32, 29 de septiembre de 2009, párr. 7. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, indica que "[…] el Comité considera que el término 'discriminación', tal como se emplea en el

se han diversificado, y aquellas fundadas en las características puramente fenotípicas (el color de la piel u otros rasgos físicos de una persona) o las teorías o ideologías construidas sobre la superioridad racial (por ejemplo, las sustentadas por Joseph de Gobineau a fines del siglo XIX[21] o el nazismo la primera mitad del siglo XX) han cedido paso a otras manifestaciones de odio e intolerancia. Nuevas formas de exclusión, igualmente asentadas en el prejuicio y la estigmatización, devienen en lo que se ha denominado 'racismo sociocultural', queriendo con ello relevar un patrón de discriminación dirigido a un sector de la población que es diferente al predominante (por su origen nacional o por su identidad cultural) (Gruenberg, 2014, pág. 20). En virtud de estas nuevas expresiones de discriminación, categorías de población o identidades culturales son blanco de la intolerancia, de nuevas formas de segregación y/o sujetos pasivos de crímenes de odio[22].

La Convención establece también la obligación de que los ordenamientos jurídicos de los Estados tipifiquen y sancionen toda expresión de odio racial, incluidas la imposición de penas a la difusión de ideas basadas en la superioridad racial, y el castigo a todo acto de incitación a la discriminación racial o de violencia racial (art. 4.a). Al alero de esta disposición, el tratado fija la obligación de proscribir y declarar fuera de la legalidad a toda organización que promueva el odio o la violencia racial, incluidas las actividades de propaganda que inciten a dicha discriminación (art. 4.d). En definitiva el discurso y expresiones de odio racial deben ser objeto de reproche penal.

Finalmente la Convención hace un llamado a la adopción de medidas eficaces en el ámbito de la enseñanza, la cultura y la información orientada a combatir los prejuicios sobre los cuales se amparan las prácticas y conductas discriminatorias (art. 7).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el año 2011, adoptó la Recomendación General Nº 34 dirigida a la población afrodescendiente, precisando los alcances de los derechos de que es titular este colectivo de conformidad a la Convención. El órgano de control sostuvo que los afrodescendientes son titulares de derechos individuales y colectivos, entre otros, a ejercer sin discriminación alguna el derecho de propiedad, incluidos el uso, la conservación y la protección de las tierras que hayan ocupado tradicionalmente, en caso de que los modos de vida y su cultura estén vinculados a la utilización de esas tierras y recursos. En segundo término, reconoce y promueve el derecho a la identidad cultural y a mantener, salvaguardar y promover su modo de vida y sus formas de organización, cultura, idiomas y expresiones religiosas; y el derecho a que se les consulte previamente cuando se tomen decisiones que puedan ser susceptibles de afectar sus intereses, de conformidad con las normas internacionales[23].

Esta interpretación es consistente con el tratamiento de estos colectivos como pueblos tribales, y en esa condición, titulares de similares derechos a los que les corresponden a las naciones o pueblos originarios, en la medida que mantengan y conserven modos de vida, tradiciones, y cosmovisiones basadas en sus costumbres, incluidas una especial relación con el territorio en que habitan. En efecto, los órganos de supervisión del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes han señalado en diversas oportunidades que el Convenio debe aplicarse a las comunidades afrodescendientes que reúnen los requisitos establecidos por el artículo 1, párrafo 1, apartado a), del Convenio que establece que este se aplica: "[a] los pueblos tribales en países independientes, cuyas

Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Observación General Nº 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 7.

21 (1816-1882) Fundador de las teorías del racismo científico (Cisneros, 2001, pág. 180).

22 Para Gruenberg, "Setenta años después del holocausto, el racismo biologicista perdió legitimidad y vigencia como ideología formal pero se transformó en una nueva forma de racismo sociocultural. En la práctica, las diferencias entre poblaciones ya no son codificadas con base a una escala descendente de diferencias biológicas sino culturales. El renovado racismo sin razas (Balibar, 1991, p.21) ha seleccionado a la población migrante como su nuevo objeto de exclusión, control y eliminación; al señalarla con un estigma de marginalidad, inseguridad y atraso cultural. Así, el racismo sociocultural opera como un sistema clasificatorio que convierte a la población migrante en una amenaza inminente para la seguridad, el bienestar y la homogeneidad de las poblaciones nacionales" (Gruenberg, 2014, pág. 20).

23 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General Nº 34 Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 4.

condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial"[24]. Dichos órganos también han señalado que el Convenio 169 de la OIT debe aplicarse a las comunidades afrodescendientes que, de conformidad al párrafo 2 del mismo artículo 1 de este Convenio, tengan "[l]a conciencia de su identidad indígena", la que constituye un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican sus disposiciones[25].

De la misma manera, la Corte IDH (2013) señaló que a las comunidades afrodescendientes les son aplicables aquellas normas destinadas a proteger la especial relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios, expresión del derecho de propiedad colectiva. Ello en tanto condición que tiene por objeto garantizar la supervivencia física y cultural del grupo humano y de esta manera asegurar que la "(…) identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados"[26]. El mismo órgano, en el año 2007, señaló en relación con el pueblo Saramaka, cuyos ancestros fueron esclavos africanos trasladados a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII[27], que a este colectivo les son aplicables las normas relativas a los pueblos tribales en tanto grupo que mantiene tradiciones sociales, culturales y económicas, que se identifican con sus territorios ancestrales y están regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones, y se encuentran por tanto amparados por el derecho internacional de los derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas y tribales[28], incluido el Convenio 169 de la OIT.

SOBRE LA DEFINICIÓN DE POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE

Las Declaraciones y Planes de Acción de Santiago y Durban[29] definen como afrodescendientes a aquellas personas descendientes de la diáspora africana, constituyendo un grupo humano al que se le han denegado históricamente el ejercicio de sus derechos fundamentales. Si bien las Declaraciones y Planes de Acción de Santiago y Durban no son vinculantes, representan el consenso político de la comunidad internacional orientados al reconocimiento de derechos para las y los afrodescendientes. Tal definición fue recogida por la Recomendación General N° 34 (2011) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la que señala que a los fines de la presente Recomendación se entenderá por afrodescendientes a "[a]quellas personas

24 Observaciones de la Comisión de Expertos frente a la comunicación de la CUT de Brasil referida a la aplicación del Convenio 169 de la OIT a las comunidades negras rurales Quilombolas de Brasil. Conferencia Internacional del Trabajo, Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009 P. 733 y 734.

25 Observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT frente a la información de comunidades afrodescendientes Curbaradó y Jiguamiandó de Colombia que reclaman poseer cultura e historia propia, tener tradiciones y costumbres y autoidentificarse como pueblo tribal, exigiendo por lo tanto la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Comisión de Expertos, 76.a sesión, 2005, Observación, Colombia, publicación 2006. En Organización Internacional del Trabajo (Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, OIT, Ginebra, 2009. p. 12.

26 Corte IDH Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 346 y párr. 354.

27 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 80.

28 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 79. "En principio, la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones".

29 Conferencia Regional de las Américas, Preparativos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, WCR/RCONF/SANT/2000/L.1/Rev. 4. 20 de diciembre de 2000. Declaración y Programa de Acción de Durban. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. La Conferencia Mundial tiene su origen en la resolución 1997/74 de 18 de abril de 1997 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la resolución 52/111 de 12 de diciembre de 1997 de la Asamblea General de la ONU y otras resoluciones posteriores. Las Naciones Unidas resuelven realizar la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Como parte de las actividades preparatorias de la Conferencia mundial se realizaron una serie de eventos y conferencias previas. Una de ellas fue la Conferencia Regional Preparatoria de las Américas, efectuada en Santiago de Chile del 5 al 7 de diciembre del año 2000. De la Conferencia surgieron dos instrumentos básicos, a saber, la Declaración de Durban y la Plataforma de Acción de Durban. Ver: (CEPAL, 2006, pág. 15)

así referidas en la Declaración y el Programa de Acción de Durban, y que se identifican a sí mismas como tales"[30].

NORMATIVA NACIONAL

La naciente República adoptó en 1811 la Ley de "libertad de vientres", en mérito de la cual se declaró libres a los hijos de esclavas que nacieran a partir de entonces, y a todos aquellos esclavos que permanecieran por más de seis meses en el país. Consolidada la independencia, en julio de 1823, se dictó la Ley de Abolición de la Esclavitud en Chile, la que habría beneficiado de tres mil a cinco mil esclavos/as (DIBAM). Finalmente, la Constitución Política de 1823 preceptuó que en "Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás" (art. 8). Esta declaración viene a consolidar desde el punto de vista del diseño institucional el proceso de manumisión, iniciado en 1811[31].

La Constitución Política vigente, recogiendo estos principios, declara en su artículo primero que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, para señalar luego en el listado de garantías constitucionales que en " [e]n Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre"[32]. Concreción de esta disposición es la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. La misma contiene una definición de 'discriminación arbitraria' y establece un "mecanismo judicial que permit[e] restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria"[33].

30 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General Nº 34 Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 1.

31 Se ha destacado la circunstancia histórica de ser Chile el segundo país en abolir formalmente la esclavitud después de Dinamarca (Feliú, 1973, pág. 15). Este historiador, al interpretar las causas que explican por qué en Estados Unidos, a pesar de la influencia liberal, persistió el sistema esclavista, releva la importancia de las razones de orden económico y social que allí imperaban. En Chile por el contrario "la abolición de la esclavitud no dio origen a ningún género de dificultades en el orden social, económico y político" (Feliú, 1973, pág. 18), no obstante la negativa y el rechazo de aquellos que detentaban la propiedad esclava en el país.

32 Constitución Política de la República art. 19 núm. 2.

33 Publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2012. Para un análisis de esta ley ver: INDH. Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile año 2010, pág.71 e Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile año 2012, pág. 109 y ss.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2013), al tiempo de valorar la adopción de esta ley como un avance legislativo en el combate contra la discriminación racial, expresó su preocupación por que "la 'discriminación arbitraria' contenida en la Ley de no discriminación podría llevar a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de responsabilidad a los actores de dicha discriminación"[34]. Por ello alentó al Estado de Chile "[a] revisar las categorías de discriminación consideradas 'no arbitrarias' para alinear la Ley de no discriminación a la Convención"[35].

También el Comité recomendó al Estado parte "que clarifique que la Ley contempla las medidas especiales en el combate de la discriminación racial tomando en cuenta su Recomendación general Nº 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención"[36].

Finalmente y en relación con la normativa nacional, el Comité recomendó que el Estado de Chile sancione y tipifique penalmente "[t]oda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, todo acto de violencia con motivación racial así como la participación en organizaciones o actividades que inciten a la discriminación racial"[37].

Se debe señalar que aun cuando no esté sancionado y tipificado el delito de incitación al odio, lo que es objeto de una iniciativa legislativa, existe la Ley Nº 19.773, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que contempla una norma que señala que "[e]l que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa

34 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83er período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Párr. 9.

35 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83er período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Párr. 9.

36 Ibídem.

37 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83er período de sesiones; 12 a 30 de agosto de 2013, párr. 10.

de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales"[38].

En el marco de la discusión del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, el INDH ha sostenido que "[l]a prohibición y sanción de la incitación al odio deviene de un principio fundante del derecho internacional de los derechos humanos, como lo es el igual goce y protección de los derechos sin discriminación, y se relaciona a su vez, a modo de límite con el derecho a la libertad de expresión"[39]. Por lo mismo "[r]esulta imprescindible agotar todas las instancias de sanción anteriores al uso de la herramienta penal, restringiendo la utilización de penas privativas de libertad a los casos en que esta manifestación o incitación, efectivamente reúna las condiciones suficientes de gravedad para poner en riesgo efectivo la integridad física, psíquica o moral de las personas o grupos objetos de ataque. El Instituto considera, como principio general, que una sociedad democrática tiene el derecho y el deber de establecer y utilizar las herramientas de prevención o sancionatorias de conductas contrarias a los derechos humanos, como lo es sin duda, el discurso que incita al odio y la discriminación, sin embargo, hay que tener presente que la lucha contra la discriminación requiere de un marco mucho más amplio de normas, políticas y programas y en las que las sanciones penales deben ser un elemento de *ultima ratio.* En tal sentido, el Instituto llama a tener presente la necesidad de generar un marco coherente y armónico de normas para la lucha contra la discriminación, teniéndose en cuenta las sanciones ya existentes en el conjunto de normas generales y especiales a las que se ha hecho referencia durante esta presentación" (Instituto Nacional de Derechos Humanos , 2014, pág. 10).

38 Ley Nº 19.773. Art. 31.

39 El INDH presentó un Informe al Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, Boletín Nº 7130-07. Informe aprobado por el Consejo del INDH el 13 de octubre de 2014-Sesión 223, disponible en: www.bibliotecadigital.indh.cl Este Informe fue presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado el día 14 de octubre de 2014 por el Consejero Manuel Nuñez Poblete.

SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN AFROCHILENA

De acuerdo con la información que arroja la Primera Encuesta Ciudadana (SESEGOB, 2013), el 31% de las personas que respondieron la consulta declaró que sí había discriminado a alguien, siendo uno de los principales motivos la raza o la etnia (21%)[40]. Otro dato, esta vez recabado por el INDH mediante de la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (2013) es que un 5,8 % (promedio nacional) de la población se ha sentido discriminado debido a su color de piel, incrementándose este porcentaje al 10,5% en la Región de Arica Parinacota[41]. Ello respondería a que esta Región es la que concentra la mayor presencia afro en el territorio nacional.

Una especial preocupación de los órganos de control de tratados, así como de otras instancias internacionales de protección de derechos humanos[42] ha sido la necesidad de disponer de instrumentos censales que permitan capturar adecuadamente información que identifique a esta población. Ello es estimado una medida indispensable por cuanto "[s]in datos confiables, sin indicadores y mediciones periódicas es imposible tomar decisiones políticas destinadas a enfrentar el problema de la discriminación. Las cifras además tienen un innegable componente político, pues para los afectados significa la visibilización de su situación así como una forma de reconocimiento frente a los otros" (CEPAL, 2006, pág. 25).

El Estado de Chile no posee datos estadísticos de carácter nacional que incluyan indicadores económicos y sociales en relación con la población afrodescendiente. Ello ha sido representado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en agosto de 2013, como una insuficiencia que impide medir adecuadamente el goce de derechos por

40 El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en la Primera Encuesta Relaciones Interculturales, 2012, consultó sobre la experiencia de discriminación teniendo como fuente el hecho de ser indígena. Resultados disponibles en http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2013/10/Primera-Encuesta-de-Relaciones-Interculturales-PNUD-2013.pdf

41 Otra encuesta Fundación IDEAS (2009) señalaba que el 13,3% de las personas encuestadas señaló como principal motivo de discriminación la raza o la etnia (en CIDH. La Situación de las personas afrodescendientes en las Américas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, párr. 20).

42 Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, párr. 38.

parte de esas personas[43]. Ello fue señalado ante el Comité, entre otros, por el INDH, que sostuvo que "[la] inclusión de la variable afrodescendiente en el Censo de 2012 no se cumplió. Actualmente, los Afrodescendientes pertenecientes a las distintas agrupaciones existentes, si bien se han reconocido y organizado como tales, carecen de una descripción que revele su realidad socioeconómica y cultural. Esta situación se presenta como un problema, dado que no se puede incurrir en ningún tipo de reclamación formal para la inclusión de este grupo en la agenda política, ya que existe un desconocimiento de su existencia como grupo étnico o comunidad"[44].

El Comité ha reiterado la recomendación para que el Estado produzca la información necesaria de manera desglosada a los fines de identificar, caracterizar y establecer las políticas públicas acordes a esa realidad[45].

Al año 2011, la población afrodescendiente en Chile era del orden del 0,1%, de acuerdo con información proporcionada por el Estado a la Comisión IDH[46]. Sin embargo, como se ha señalado, no existe información sistemática sobre la autoidentificación y condiciones de vida respecto de este grupo de la población.

Un esfuerzo tendiente a superar este vacío, y que el INDH destaca como una práctica armónica y respetuosa con los estándares de derechos humanos, fue el llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadísticas –INE–. Esta institución, previa consulta con organizaciones afro descendientes de la Región de Arica-Parinacota, y recogiendo un sentido anhelo de estas, realizó entre agosto y noviembre de 2013 la Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente –ENCAFRO– en las comunas de Arica y Camarones –Región de Arica y Parinacota– (INE, 2014)[47].

El criterio utilizado para la identificación como afrodescendiente es el autorreconocimiento de la persona entrevistada. Aplicada la encuesta, esta arrojó como resultado que 8.415 personas, es decir, el 4,7% de la población en la Región se autodefine como afrodescendiente. El 93,2% de esta población es nacida en Chile. De los afrodescendientes, un 44,2% son varones y un 55,8% mujeres; y 7.503 personas, esto es, el 89,2% de esta población vive en la ciudad (INE, 2014).

Con el objeto de conocer las condiciones de acceso a prestaciones sociales básicas y detectar eventuales brechas entre la población afrodescendiente y el resto de la población que habita la Región de Arica-Parinacota, el INDH seleccionó aquí tres variables reveladas por la encuesta del INE, y que se relacionan con el acceso a la educación (años de escolaridad); coberturas a seguros de salud; y la tasa de población en edad de trabajar (ocupada y desocupada). Estos datos son presentados en conjunto con las cifras que arroja la Encuesta de Caracterización Socio Económica –CASEN– 2011 para la misma Región, en las variables indicadas. Ello solo con el objeto de ilustrar la realidad de esta población, y advirtiendo que por tratarse de instrumentos de medición diferentes, no es posible hacer comparaciones o colegir conclusiones.

En el ámbito laboral, la mayoría de la población afrodescendiente en edad de trabajar se desempeña como asalariados/as (78,2%). El indicador de ocupación utilizado en la ENCAFRO, correspondiente al porcentaje de ocupados sobre el total de la población en edad de trabajar, arroja que el 47% de la población afrodescendiente de la Región, de 15 años y más, se encuentra ocupada[48]. De acuerdo con la misma encuesta, el 7,1% de esta población se encuentra desocupada. Por su parte, según la CASEN 2011, la tasa de participación

43 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013.

44 INDH. Informe Complementario INDH aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas los Formas de Discriminación Racial, párr. 106.

45 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83er período de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013, párr. 8.

46 Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. párr. 23.

47 Ver "Diez argumentos a favor de la inclusión de la variable afrodescendiente en el censo chileno de 2012". Documento elaborado por la Corporación Participa en colaboración con la Alianza Afrochilena. La prueba piloto de caracterización se realizó el año 2009 (Alianza Afrochilena, 2010).

48 "Se consideran ocupadas aquellas personas que se encuentran trabajando por ingreso, quienes tienen empleo pero no están trabajando (ocupados ausentes) y quienes trabajan para un familiar sin mediar pago" (INE, 2014, pág. 38).

laboral en la Región de Arica y Parinacota, que informa el porcentaje de la población en edad de trabajar que participaba activamente en el mercado del trabajo, corresponde al 53,1% y la tasa de desocupados asciende al 7,2% (Ministerio de Desarrollo Social , 2013).

Por su parte, el promedio de escolaridad de la población afro en la Región es igual a 9,05 años (INE, 2014). El nivel de escolaridad promedio de la Región de acuerdo con la CASEN 2011 es cercano a los 11 años (Ministerio de Desarrollo Social , 2013).

En el ámbito de la salud, el 5,9% de la población afrodescendiente de la Región declara no pertenecer a ninguno de los sistemas previsionales de salud. El 81,3% pertenece al sistema público de Salud (FONASA) y el 11,1% al sistema privado (ISAPRE). Los promedios regionales, de acuerdo a la CASEN, en relación con esta variable señalan que el 79,9% de la población de la Región está afiliada al sistema público de salud y el 8,3% al sistema privado[49] (Ministerio de Desarrollo Social, 2013).

Con el objeto de profundizar sobre la percepción de la situación de derechos humanos de esta población, el INDH envió un cuestionario dirigido a organizaciones afrochilenas de defensa y promoción de los derechos humanos[50].

Tres de estas organizaciones respondieron el cuestionario, destacando en todas ellas un diagnóstico común: la principal dificultad en materia de derechos humanos para las personas afrodescendientes es la falta de reconocimiento. Para una dirigente de la ONG Oro Negro, este vacío se expresa en el ámbito normativo, en el espacio educativo y en los instrumentos de medición censal[51]. Esta opinión es compartida por otra dirigente de la organización Hijas de Azapa, Organización de Afrodescendientes Lumbanga[52].

Para una integrante de la organización de afrodescendientes Luanda, esta ausencia de reconocimiento se extiende a la negación de la condición de pueblo tribal. En palabras de esta dirigente: "[e]l Estado de Chile no nos ha incluido dentro de la consulta amparada por el Convenio 169 de la OIT, para la creación del Ministerio de Asuntos Indígenas, el cual en su artículo 6 y 7 habla de la vinculación a las comunidades originarias y tribales, categoría en la cual se ubicaría la comunidad afrochilena", lo que en último término lesiona el derecho a la identidad[53].

Hay en esta materia una conducta contradictoria por parte del Estado, porque como lo señala dicha dirigenta, mientras el Ministerio de Desarrollo Social no contempla a los afrodescendientes en el proceso de consulta previa, en relación con el anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas[54], el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, sí ha considerado a la población afrodescendiente en su propio proceso de consulta previa para la creación del Ministerio de Cultura (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes). En tanto, grupo humano que comparte una cultura, una historia y costumbres, cuyos miembros están unidos por una conciencia de identidad, corresponde que se proceda a consultarlos previamente, toda vez que se prevea una medida legislativa o administrativa susceptible de afectarlos directamente, de conformidad a lo que mandata el Convenio 169 de la OIT. Se requiere en esta materia aunar criterios que eviten un trato diferenciado respecto de una misma comunidad que eventualmente pudiera entrañar un trato discriminatorio. Lo advertía la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo cuando le indicó al Estado de Chile en relación con "[e]l mecanismo de consultas previsto no incluye a los pueblos afrodescendientes en la consulta. Sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones tomó nota

49 Un 4,2% no está en ningún sistema particular; el 4,2% está afiliado a algún sistema de las FFAA y de Orden; el 0,9% a otro sistema, y para un 2,4% no hay información (CASEN 2011).

50 El cuestionario fue enviado mediante correo electrónico en agosto de 2014, a las siguientes organizaciones: Red de Mujeres Afrodescendientes; Organización de Mujeres Afrodescendientes Luanda; Oro Negro; Lumbanga; Hijas de Azapa. El instrumento utilizado pretendió responder a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las principales dificultades en materia de derechos humanos a que se ven expuestas las personas afrodescendientes en Chile?; ¿Cuál es el principal déficit de las políticas del Estado en relación con la comunidad afrodescendiente en Chile?; y por último, ¿cuál es la principal experiencia de discriminación que debe soportar una persona afrodescendiente en Chile?

51 Marta Victoria Salgado Henríquez, dirigenta de la ONG Oro Negro de Desarrollo de Afrodescendientes Chilenos. 11 de agosto de 2014.

52 Azeneth Báez Ríos. Hijas de Azapa, Organización de Afrodescendientes Lumbanga. 4 de septiembre de 2014.

53 Camila Rivera Tapia. Organización de Mujeres Afrodescendientes, Luanda, de 7 de septiembre de 2014.

54 Ministerio de Desarrollo Social, Resolución Exenta Núm. 276, publicada en el Diario Oficial el 24 de junio de 2014.

de la existencia de un proyecto de ley de reconocimiento de los pueblos afrodescendientes. Se sugiere tener en cuenta a los pueblos afrodescendientes en el proceso de consulta"[55]. Ante lo que el Estado de Chile señaló "[q]ue nuestro país impulsa decididamente una clara política contra la discriminación a cualquier persona, incluida la población afrodescendiente, la que según estimaciones preliminares está compuesta por alrededor de 3.000 personas, concentradas principalmente en el valle de Azapa, Región de Arica y Parinacota"[56]. Sin pronunciarse sobre la recomendación de considerar a la población afrodescendiente en los procesos de consulta pertinente.

En relación con la falta de reconocimiento en el ámbito normativo es necesario señalar que desde agosto del año 2009 existe un proyecto de ley que establece el reconocimiento de la etnia afrodescendiente en Chile[57]. Este aún se encuentra en primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, sin que a la fecha haya tenido avances[58]. En relación con este punto, el INDH informó al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que "[l]a situación de nulo avance respecto de la tramitación del proyecto de ley mencionado es un reflejo de que la situación de los afrodescendientes en Chile no tiene visibilidad ni es parte de la agenda pública en nuestro país". En su informe final, el Comité (2013) lamentó que "[e]l proyecto de ley de reconocimiento de la comunidad afrodescendiente en Chile aún no haya sido aprobado (…)", recomendando al Estado que adopte las medidas necesarias que permitan acelerar la tramitación de este proyecto de ley[59].

No obstante los avances registrados (Ley Antidiscriminación, Encuesta de caracterización de la Población Afrodescendiente) persisten desafíos, ente otros, en garantizar el derecho a la identidad asumiendo constitucionalmente la condición de país pluricultural; adecuar la legislación vigente con el objeto de armonizarla plenamente a los estándares internacionales; reconocer a los afrodescendientes que reúnan los requisitos señalados en el artículo 1 Nos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT la calidad de pueblos tribales, así como los derechos asociados a dicha calidad establecidos en este tratado internacional; e incorporar la variable afrodescendiente en el próximo ejercicio censal a los fines de diseñar políticas públicas pertinentes y respetuosas de la diversidad de la sociedad. Ello debe ir acompañado de esfuerzos en todos los ámbitos de la enseñanza –formal e informal– que por un lado reconozcan la presencia africana y su legado en la construcción del país, y por otro, contribuyan a fortalecer una cultura respetuosa de la dignidad del ser humano.

55 CEACR. Solicitud Directa 2010/81 y Observación 2010/81

56 Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT planteadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT respecto de la Memoria y Adendum presentados por el Gobierno de Chile con fechas 1 de septiembre de 2010 y 10 de noviembre del mismo año acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (Núm) 169 de la OIT. Disponible en: http://www.conadi.gob.cl/documentos/Observacion-2010-81-OIT-01-09-11_.pdf

57 Establece el reconocimiento de la etnia afrodescendiente en Chile. Boletín Nº 6655-17

58 INDH. Informe Complementario INDH aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas los Formas de Discriminación Racial, párr. 104

59 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83er período de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013, párr. 17.

BIBLIOGRAFÍA

Alianza Afrochilena (2010). Informe de resultados de la prueba de Caracterización sobre población Afrodescendiente en Arica. Santiago.

Archivo Nacional (s.f.). *Censo de 1813.* Recuperado el 18 de noviembre de 2014, de http://www.ine.cl/canales/usuarios/cedoc_online/censos/pdf/censo_1813.pdf

Carillo, C. (2013). *Migrantes internacionales 'negros' y/o afrodescendientes en Chile: conjugados entre lo visible e invisible.* Santiago.

CEPAL (2009). *Afrodescendientes en América Latina y el Caribe: del reconocimiento estadístico a la realización de derechos.* Santiago.

CEPAL (2006). Los Pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio. Santiago.

Cisneros, I. (2001). Intolerancia cultural: racismo, nacionalismo, xenofobia. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (s.f.). cultura.gob. Recuperado el 7 de octubre de 2014, de http://www.cultura.gob.cl/consulta-previa/

Contreras, H. (2011). ARTESANOS MULATOS Y SOLDADOS BENEMÉRITOS. El batallón de infantes de la patria en la guerra de independencia de Chile; 1795-1820. Historia , 51-89.

DIBAM (s.f.). *archivonacional.cl.* Recuperado el 26 de agosto de 2014, de http://www.archivonacional.cl/Vistas_Publicas/publicContenido/contenidoPublicDetalle.aspx?folio=7404&pagina=1

DIBAM (s.f.). *memoriachilena.cl.* Recuperado el 1 de octubre de 2014, de La encomienda: http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-685.html

Feliú, G. (1973). *La abolición de la esclavitud en Chile.* Santiago: Universitaria.

González, C. (2014). *Esclavos y esclavas demandando justicia. Chile*, 1740-1823. Documentación judicial por carta de libertad y papel de venta. Santiago: Universitaria.

Gruenberg, C. (2014). Migración, racismo y transparencia: hacia la descolonización de la información pública. En R. Córdoba, P. Ceriani, & J. Knippen, *Migrar en las Américas: movilidad humana, información y derechos humanos* (págs. 13-52). Barcelona: Edisa.

INE (2014). *Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente.*

Mellafe, R. (1959). *La introducción de la escalavitud en Chile. Tráfico y rutas.* Santiago: Universitaria.

MIDEPLAN (2009). *Educación Encuesta CASEN 2009.* Recuperado el 17 de septiembre de 2014, de Ministerio de Desarrollo Social: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_educacion.pdf

Ministerio de Desarrollo Social (30 de octubre de 2013). *observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl.* Recuperado el 17 de septiembre de 2014, de http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/XV_AricayParinacota_oct13.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (2010). *Derechos de la población afrodescendiente de América Latina: Desafíos para su implementación*. Ciudad de Panamá.

Salgado, M. (2013). *Afrochilenos Una Historia Oculta.* Arica: Herco.

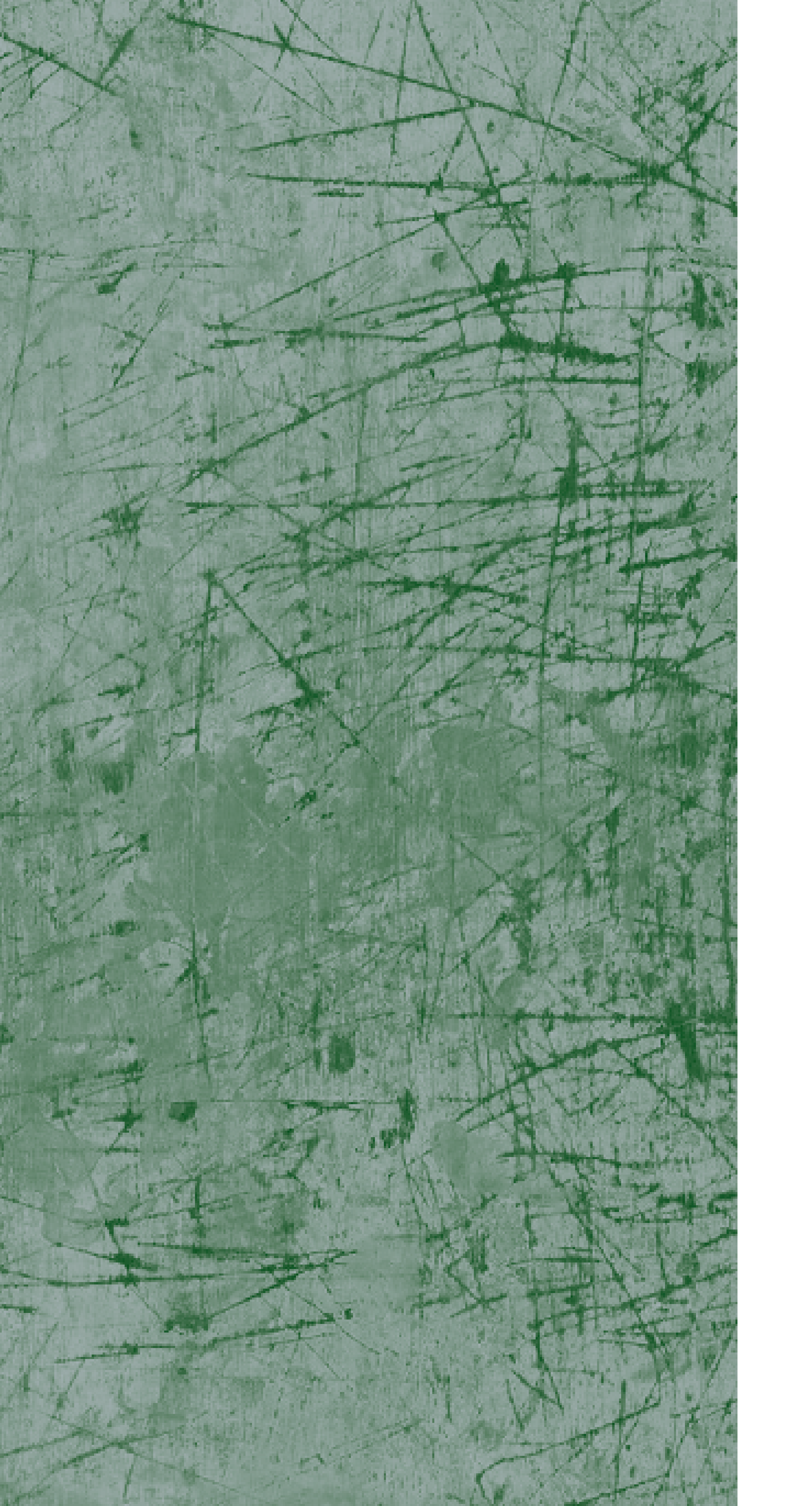
SESEGOB (octubre de 2013). *Resultados de la Primera Consulta Ciudadana*. Recuperado el 5 de septiembre de 2014, de sesegob.cl: http://participacionciudadana.segegob.cl/sites/default/files/PPT%20-%20Resultados%20Primer%20Consulta%20Ciudadana%20sobre%20la%20Discriminaci%C3%B3n%20en%20Chile.pdf

4

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN PROCESOS JUDICIALES



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN PROCESOS JUDICIALES

4

ANTECEDENTES

En noviembre de 2014 se cumplieron 25 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño[1], ocasión que brinda un marco pertinente para evaluar en qué medida sus principios rectores son respetados y garantizados en nuestro país, particularmente en el marco de procesos judiciales de los que participan niños, niñas y adolescentes (NNA) en calidad de víctimas o testigos.

Sobre este grupo de población aún persiste en Chile una concepción paternalista-asistencialista, lo que se puede apreciar en normativas y prácticas institucionales que no consideran su participación, opinión y sentimientos en la toma de decisiones que les conciernen. "Los niños, niñas y adolescentes, por más jóvenes que sean, son titulares de derechos y no plantearlo así constituye una discriminación arbitraria en razón de la edad de la persona" (INDH, 2010, pág. 124). Se ha señalado, además, la complejidad existente al abordar la violencia hacia niños/as y adolescentes, "pues muchas de sus expresiones permanecen invisibles ante la falta de datos estadísticos, no se encuentran tipificadas como delitos o están profundamente arraigadas en la cultura" (INDH, 2013, pág. 91).

Frente a esta dificultad, las tasas de denuncias por violencia intrafamiliar y violencia sexual pueden aportar un primer diagnóstico. En un estudio realizado en 2014 por encargo del Observatorio Niñez y Adolescencia, se señala que la tasa de denuncias de NNA por violencia intrafamiliar fue de 232,1 por cada 100.000 para el 2012. De estas denuncias, un 33,5% corresponde a denuncias de niños/as entre 6 y 13 años, y el 56,3% a adolescentes entre 14 y 17 años. Respecto de las denuncias por violencia sexual para el 2012, su tasa fue de 159,8 por cada 100.000 NNA, aumentando en relación con el 2011. Esta es una tendencia que crece progresivamente (Sepúlveda et al., 2014, pág. 29 y 33).

En 2013 ingresaron 24.122 personas a la Fiscalía como víctimas de algún delito sexual, de las que 74% eran menores de 18 años. A partir de la denuncia, solo 28,3% llegó a una salida judicial, y de estas, solo 34,8% terminó en una sentencia condenatoria (Ministerio Público, 2013). Esto da muestra de las dificultades que se enfrentan para investigar y probar las denuncias de delitos sexuales en que se encuentran involucrados NNA, siendo la prueba fundamental el relato del propio niño o niña.

En cuanto a procesos de familia, para ese mismo año, la Fiscalía registró 143.744 causas por violencia intrafamiliar[2], de las que un 7% correspondía a NNA víctimas de violencia directa a nivel nacional (10.820 casos) (Ministerio Público, 2013). Basándose en un estudio de años anteriores, el 57,9% de los casos en tribunales penales por violencia intrafamiliar presentaban hijos/as entre las partes (Casas, Riveros y Vargas, 2009). Esta cifra se incrementaba a 83,7% en tribunales de familia. Sin embargo, los mismos autores indicaron que estas cifras no eran representativas del total de casos existentes, pues no todas las carpetas revisadas incluían esta información[3] (Casas, Riveros & Vargas, 2009:77).

1 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990.

2 De las cuales un 39,9% corresponden a amenazas y un 47,9% a lesiones.

3 En sede penal, las carpetas que no presentaban el dato ascendían al 33,3%, mientras que en sede familiar al 9% (Casas, Riveros & Vargas, 2009, pág. 76 y 77).

Según el Servicio Nacional de Menores (SENAME), por medio de su Programa de Representación Jurídica (PRJ)[4] para NNA víctimas de delitos, el servicio realizó 2.883 atenciones durante el 2013 (SENAME, 2014). De los 93.190 NNA vigentes[5] en los centros o programas al 31 de diciembre de 2013, un 48,38% ingresó por causa de algún tipo de maltrato, correspondiendo un 18,39% a víctimas de negligencia, 11,1% de abuso sexual, 5,7% de maltrato físico, 4,17% de maltrato psicológico y 1,18% de violación; a lo que se suma un 6,85% de testigos de violencia intrafamiliar (SENAME, 2013b, pág. 11)[6].

Este panorama da cuenta de una cantidad considerable de NNA que interactúa con la institucionalidad judicial, con motivo de procesos penales por delitos sexuales y procesos de familia, ya sea en calidad de víctimas o testigos.

En tanto niño/a víctima, junto a la victimización primaria generada por la comisión del delito en su contra, se puede generar una victimización secundaria por su entorno socioafectivo y las instituciones a cargo de investigar el ilícito e impartir justicia, generando un daño "a partir de una mala o nula respuesta institucional hacia la víctima" (Consejo Nacional de la Infancia, 2014). Ejemplo de ello es la presión que puede ser ejercida para obtener un relato, la estigmatización por las personas que le rodean, la invisibilización de su opinión, entre otros. Además, la dificultad para establecer las pruebas que acrediten o no la comisión del delito, también podría afectar a las personas imputadas. Todos estos aspectos son importantes para garantizar un debido proceso.

Ante esta situación se han manifestado organizaciones de la sociedad civil y diversas autoridades públicas. Por un lado, en noviembre del año 2013, la Fundación Amparo y Justicia lanzó la campaña "No me preguntes más"[7], cuyo objetivo es reducir el número de entrevistas realizadas a niños y niñas víctimas del delito de abuso sexual. Por otro lado, en julio de 2014 se creó la Comisión Técnica sobre Garantías de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Procesos Judiciales[8], del Consejo Nacional de la Infancia[9], cuya finalidad es "coordinar intersectorialmente el trabajo de los diversos actores involucrados en el proceso, para reducir la victimización secundaria sufrida por niños, niñas y adolescentes en tanto víctimas de delitos graves o testigos, especialmente de aquellos que han sufrido delitos sexuales" (Consejo Nacional de la Infancia, 2014). Por su parte, el presidente de la Corte Suprema, en agosto de este año, se pronunció diciendo que –en su opinión– "eliminaría la declaración de los niños en todo tipo de delitos", tanto para víctimas como testigos (Cooperativa.cl, 2014).

Estas afirmaciones dan cuenta del debate existente. De acuerdo con los estándares de derechos humanos, para el INDH el problema no está en que los NNA participen en los procesos judiciales, como es su derecho, sino en el tipo de trato que reciben en su paso por estos procesos.

En este capítulo se analizarán los estándares internacionales y nacionales sobre el tema, incorporando la opinión de especialistas y de operadores del sistema de justicia. Esto con el fin de contribuir al diagnóstico de eventuales vulneraciones de derechos de NNA, cuando participan en procesos judiciales en calidad de víctima o testigo, tanto en el ámbito penal como civil.

4 Es necesario consignar que a nivel nacional solo existen 8 PRJ: 1 en Antofagasta, 1 en Biobío, 1 en Los Ríos, 1 en Los Lagos y 4 en la Región Metropolitana; por ende, las 2.883 atenciones no dan cuenta de la demanda real existente a nivel país.

5 "Vigente: corresponde a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema SENAME en un día determinado. Es como una 'fotografía' que permite ver la atención o los niños registrados en los centros o programas de la red en solo un día, por lo que va cambiando continuamente debido a nuevos ingresos y egresos" (SENAME, 2013a, pág. 4). Un mejor dato para dar cuenta del número efectivo de NNA tratados anualmente en SENAME son los NNA "atendidos", los que ascienden a 200.007 el año 2013. Sin embargo, SENAME no presenta un informe detallando sus causas de ingreso, como sí lo hace con los NNA vigentes (SENAME, 2013a, 2013b, 2014).

6 La categoría "maltrato físico" agrupa maltrato físico sin lesiones (2,43%), leve (2,51%) y grave con lesiones (0,76%) (SENAME, 2013b). No se incluyen aquellos tipos de maltratos que representan un porcentaje menor al 1%. Cabe destacar que de los niños y niñas con maltrato, un 45,82% corresponde a niños y un 54,18% a niñas (SENAME, 2013b, pág. 8).

7 Ver www.nomepreguntenmas.cl

8 Comisión presentada el 11 de julio de 2014. A la fecha de cierre de redacción, la Comisión aún no presentaba su informe de resultados, previsto para septiembre de 2014.

9 Creado con fecha 14 de marzo de 2014, por medio del Decreto Supremo Nº 21 de 2014 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En la Convención sobre los Derechos del Niño[10] se señala que "[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas" (art. 3.2). Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha realizado una serie de Observaciones Generales que interpretan y fijan el alcance de los derechos reconocidos en la Convención mencionada.

Por su parte, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó en el año 2005 las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos[11], que constituyen un marco para que los Estados desarrollen prácticas adecuadas, siendo uno de sus objetivos el "[p]restar asistencia para la revisión de leyes, procedimientos y prácticas locales y nacionales con objeto de garantizar el pleno respeto de los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos" (párr. 3, letra a))[12].

SOBRE EL DERECHO A SER ESCUCHADO/A Y A EXPRESAR SU OPINIÓN

Según la Convención, la opinión de todo niño/a que esté en condiciones de formarse un juicio debe considerarse en todos los asuntos que le afectan (art. 12.1). "Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (art. 12.2).

La Convención no establece distinciones respecto de los temas sobre los que pueden opinar y tampoco limita la edad para que los NNA puedan expresar libremente su opinión, tal que se "[…] desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan" (OG N° 12, Art.21, 2009)[13]. Expresar libremente su opinión quiere decir expresarse sin presiones ni influencias, pudiendo elegir si quiere o no ejercer este derecho (párr. 22 OG N° 12, 2009). Los NNA no se encuentran obligados/as a dar su opinión. Por lo mismo, cuando se investiguen acontecimientos dañinos, "[e]l niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria […]. El proceso de 'escuchar' a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño". (párr. 24 OG N° 12, 2009).

SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[14] reconoce que "[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. […] [T]oda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores" (art. 14.1).

A esta normativa vinculante se añade lo que señala el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía[15]: los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses de los niños/as en todas las fases del proceso penal, lo que en particular significa "[r]econocer la vulnerabilidad

10 Ratificada por Chile en 1990.

11 Resolución E/2005/INF/2/add.1, del 22 de julio de 2005.

12 En el documento sobre las Directrices se mencionan los siguientes derechos: el derecho a un trato digno y comprensivo, a la protección contra la discriminación, a ser informado, a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, derecho a una asistencia eficaz, a la intimidad, a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, a la seguridad, a la reparación y a medidas preventivas especiales.

13 También ver Observación General Nº 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011), art. 63.

14 Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

15 Resolución Asamblea General A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos" (art. 8.1, letra a). Entonces, "se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento" (párr. 85 OG Nº 14, 2013), respetando siempre las garantías procesales, "en todo momento y lugar. […] [A]demás, hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias." (párr. 54 OG Nº 13, 2011).

Según las Directrices, "[l]a edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad solo en razón de su edad" (art. 18). Deberán mantenerse al mismo tiempo "[…] normas exigentes en la reunión de pruebas a fin de garantizar un resultado justo y equitativo del proceso de justicia" (párr. 12)[16]. Esto es "garantizar justicia a los niños víctimas y testigos a la vez que los derechos de los infractores acusados y de los declarados culpables" (párr. 7.j). De esta forma, expresar libremente su opinión constituye una opción, sin que renunciar a ejercer este derecho comprometa su derecho a la protección o a acceder a la justicia, ya sean procesos penales, extrajudiciales –como la justicia restaurativa– o no penales, como el divorcio, custodia, adopción, entre otros (párr. 6).

NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

El Comité de los Derechos del Niño también se ha pronunciado sobre la participación de NNA indígenas en procesos judiciales[17]. Esta situación es especialmente preocupante para el INDH, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran por su exposición a hechos de violencia (INDH, 2013). El Comité alienta a los Estados Partes a "ayudar a los pueblos indígenas a organizar y poner en práctica sistemas tradicionales de justicia restaurativa, siempre que esos programas sean conformes a los derechos enunciados en la Convención, en particular el interés superior del niño" (parr. 75 OG Nº 11, 2009). También se recomienda, en conformidad con el artículo 12 de la Convención, que los Estados Partes adopten medidas para "proporcionar los servicios de un intérprete sin cargo alguno, de ser necesario, y para garantizar al niño asistencia letrada de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural" (párr. 76 OG Nº 11, 2009).

En relación con los profesionales que trabajan en las fuerzas de orden y seguridad, y en el Poder Judicial, el Comité establece la necesidad de "una formación apropiada sobre el contenido y el significado de las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos Facultativos, en particular la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y otros grupos especiales" (párr. 77 OG Nº 11, 2009).

SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

De acuerdo con la Convención, es obligación del Estado el tomar las medidas necesarias para proteger a NNA de toda forma de discriminación, sin distinción alguna basada en la condición del niño/a, sus padres o representantes legales (art. 2).

Una de las medidas para garantizar este derecho en los procesos judiciales es reconocer la condición de vulnerabilidad de los/as niños/as, como se enuncia en las Directrices. Se propone requerir una protección especial apropiada a su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales (párr. 7.b), de modo que se garantice también su derecho a un trato equitativo y justo (8.b). En otras palabras, "[e]l proceso de justicia y los servicios de apoyo a disposición de los niños víctimas y testigos de delitos y de sus familias deberán tener en cuenta la edad, los deseos, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad" (párr. 16)[18].

16 Ver también Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, párr. 8.6.

17 Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

18 Ver también Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, párr. 10.

SOBRE EL DERECHO A SER INFORMADO/A

El derecho a la información se incluye en el derecho a la libertad de expresión, enunciado en el artículo 13 de la Convención. El principio general es que puedan expresar sus opiniones y que puedan recibir información adaptada a sus necesidades. "El cumplimiento del derecho del niño a la información de manera coherente con el artículo 17 es en gran medida condición necesaria para la realización efectiva del derecho a expresar las opiniones. Los niños necesitan tener acceso a la información en formatos adaptados a su edad y capacidad de acuerdo a las cuestiones que les interesan" (párr. 82 OG Nº 12, 2009). Asimismo señala "[l]os responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese" (párr. 41 OG Nº 12, 2009).

SOBRE EL DERECHO A UN TRATO DIGNO Y COMPRENSIVO

"Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños" (párr. 34 OG Nº 12, 2009), siendo necesario adaptar el trato en los interrogatorios (párr. 54.b) OG Nº 13, 2011), los cuales deberían "adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral" (párr. 43 OG Nº 12, 2009).

Una forma de resguardar este trato adaptado, es por medio de profesionales especializados/as, como ya se mencionó en el caso de NNA indígenas. En esa línea, el Comité destaca que "[t]odos los profesionales que trabajen con y para los niños e intervengan en esos casos deben recibir una formación interdisciplinaria especial sobre los derechos y las necesidades de los niños de diferentes grupos de edad, así como sobre los procedimientos más idóneos para ellos" (párr. 56 OG Nº 13, 2011). Las Directrices proponen que los/as profesionales cuenten con "[…] la capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con objeto de proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y de tratarlos con efectividad y sensibilidad" (párr. 40). Proscriben el uso de cualquier técnica de interrogación que constituya medios intimidatorios (párr. 31.c), debiendo los NNA "ser entrevistados en forma adaptada a su comprensión y lenguaje" (párr. 31.c), y "en un idioma que el niño hable y entienda" (párr. 14).

SOBRE EL DERECHO A LA SEGURIDAD, A MEDIDAS PREVENTIVAS ESPECIALES Y PROTECCIÓN

Este derecho es especialmente importante para asegurar la tranquilidad y libertad del NNA, ya sea en su calidad de víctima o testigo, lo que está expresamente señalado en el artículo 19 de la Convención, cuando indica que "se deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño", lo que refuerza las garantías para los NNA.

En el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los Estados Partes se obligan a "adoptar medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas" (art. 8), especificando que deberán "[v]elar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias" (art. 8.f).

El Comité de Derechos del Niño añade la necesidad de la intervención judicial no solo para proteger y salvaguardar al NNA partícipe del proceso judicial, sino también a otros/as NNA "si existe un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia" (párr. 54 OG Nº 13, 2011). Según las Directrices, estas medidas deben considerar la protección necesaria frente a situaciones de riesgo, debiendo existir los medios que permitan comunicar dichas situaciones en forma expedita (párr. 32). Para prevenir la intimidación, amenazas o daños por parte de las personas acusadas, proponen tomar medidas como la imposición de prohibiciones judiciales sujetas a un sistema de registro, la prisión preventiva o su arresto domiciliario. También se podrá brindar protección policial o reservar el domicilio de los niños/as para evitar el contacto directo con los presuntos autores/as de los delitos (párr. 34).

SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y A LA INTIMIDAD

Este derecho, enunciado en el artículo 16 de la Convención, refiere a las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada del niño/a que pudiesen afectar su honra y reputación. Por eso "[e]s preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad" (párr. 43 OG Nº 12, 2009).

En términos prácticos –según las Directrices– para garantizar la intimidad del niño/a víctima y testigo se puede proteger la información de su participación en el proceso judicial, debiendo sujetarse a estricta confidencialidad y con restricción de acceso a la información o a su divulgación (párr. 27). Esto incluye restricciones a la exhibición del niño/a (aparición excesiva en público), o la transmisión de imágenes o contenidos directos de su declaración, siendo una alternativa el excluir al público y medios de comunicación de la sala de audiencia, mientas el NNA entrega su testimonio (párr. 28). Este elemento es importante, toda vez que los medios de comunicación pueden incidir en la victimización secundaria y estigmatización de los NNA.

NORMATIVA NACIONAL

Los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos participan en los procesos judiciales principalmente a partir de denuncias de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar. La normativa nacional prácticamente no hace distinciones en el tratamiento que se dará a NNA en procesos judiciales en razón de su edad. Se consideran ciertas excepciones, pero estas se encuentran dispersas en documentos con distinta jerarquía jurídica, de forma que no existe una única norma que asegure de manera integral y coherente su participación y protección durante todo el proceso judicial. Así, NNA pasarán por las mismas etapas que cualquier persona adulta: la denuncia del hecho, su investigación y el juicio.

Se han identificado esfuerzos recientes para mejorar esta situación. El más reciente es el auto acordado *ad hoc* de la Corte Suprema, del 3 de junio del año 2014, el cual procura incorporar prácticas que "generen un entorno facilitador para su libre expresión, que morigere su sobreexposición y evite la generación de ambientes que puedan percibirse como hostiles"[19]. Allí dispone que cada Tribunal Oral en lo Penal cuente con una sala, que además de estar acondicionada a las necesidades de la persona menor de edad, permita la transmisión simultánea hacia la sala donde se desarrolla el juicio. De esta manera, los intervinientes tienen el derecho a participar en el interrogatorio, estando comunicados con el juez, de forma recíproca y con la debida reserva. En el mismo documento se establece la posibilidad de que las partes acuerden que el juez sea acompañado por un/a profesional especializado/a para que lo asista en el interrogatorio. Dicho procedimiento se define y califica como una "medida de protección", cuya aplicabilidad deberá ser evaluada por cada tribunal.

No obstante, un auto acordado no es el instrumento idóneo para regular el ejercicio de los derechos fundamentales de NNA, que debería estar regulado por ley para garantizar el principio de legalidad. Por lo demás, en la misma norma se señala que su implementación efectiva se encuentra condicionada a la existencia de recursos. De esta forma urge que la normativa sea adecuada de forma de garantizar legalmente los derechos de NNA que participan en procesos judiciales, y que se encuentran consignados en instrumentos internacionales que son vinculantes para el país.

PARTICIPACIÓN DE NNA EN PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CONNOTACIÓN SEXUAL

Cualquier víctima de un delito, luego de interponer una denuncia, será escuchada por un fiscal en las primeras etapas del proceso. Si el fiscal reúne los antecedentes suficientes durante la investigación y decide formular una acusación, se comienza con la preparación del juicio oral. En esta etapa avanzada del proceso, la víctima podría ser nuevamente escuchada, esta vez por un juez.

Este proceso es similar en cuanto a la participación de niños/as en procesos penales por delitos de connotación sexual. Actualmente, solo existen oficios internos de Fiscalía Nacional que regulan las entrevistas que sostenga el fiscal

19 Acta Nº 79-2014.

con el/la NNA, mientras que las entrevistas ante el juez se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal para ciertos casos de delitos sexuales. Esto deja desprovistos a NNA víctimas y testigos de otros delitos.

En las primeras etapas del proceso, tales como la declaración policial y las diligencias probatorias inmediatas, la Fiscalía Nacional instruye criterios de actuación específicos en la investigación de delitos sexuales, y dispone medidas para impedir una innecesaria reiteración de la declaración inicial. Por ejemplo, se señala que "[e]n la recepción de la denuncia, el funcionario policial se limitará a consignar en el parte sólo los datos de la víctima y las circunstancias del hecho, sin que proceda tomarle declaración" (apartado 2.2 Oficio N° 160, 2009). "Al fiscal le corresponderá participar personalmente en la toma de declaración de la víctima, sin perjuicio de delegar la realización de la diligencia en funcionarios o profesionales especializados del Ministerio Público. Excepcionalmente, podrá delegar dicha diligencia en funcionarios especializados de alguna de las policías" (Idem).

Una vez que el NNA víctima y/o testigo se encuentra en la etapa del juicio oral, su participación se regula por ley. En el Código Procesal Penal (CPP) se explicita que no se tomará juramento a las personas menores de 18 años cuando deban declarar (art. 306, inc.2), para reducir las eventuales responsabilidades que pudieran afectarla, y minimizar el grado de tensión que supone su intervención en un juicio. De ahí también que se consigne su facultad de no declarar, para lo que el NNA deberá comprender el significado de la facultad de abstenerse. Si no lo hiciese, se requerirá que la decisión sea tomada por el representante legal, o sea, sus padres o tutor (art. 32 CPP). Además, se señala que durante el juicio el NNA testigo "[s]olo será interrogado por el [juez] presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio" (art. 310 CPP). Así, en la normativa chilena no se considera la posibilidad de que el interrogatorio o entrevista del NNA sea realizado por un/a profesional especializado/a.

El NNA también podrá declarar anticipadamente, es decir, ante el juez de garantía. Esto será en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a su edad y etapa evolutiva, debiendo citar el juez a todos aquellos que tengan derecho a asistir al juicio oral, pues esta declaración se incorporará a esa etapa del proceso (art. 191bis CPP). Sin embargo, esta excepción viene dada solo para los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párr. 5 y 6 del Código Penal (CP), como la violación, el estupro y otros delitos sexuales (producción de material pornográfico, la promoción o facilitación de la prostitución infantil). De esta forma, se excluye el delito de incesto (párr. 9 CP) y todos los otros delitos en que el NNA sea víctima. Por lo demás, "[…] si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral" (art. 191bis, inc. 2 CPP), lo que podría incidir en la victimización secundaria del NNA, al tener que repetir su testimonio.

SER VÍCTIMA DE UN DELITO: ETAPAS DEL PROCESO PENAL DESPUÉS DE LA DENUNCIA

Denuncia y constatación de lesiones	• Ante Carabineros, Policía de Investigaciones, ciertos Tribunales y Fiscalías del Ministerio Público. • Se entra en contacto con Centro Asistencial de Salud, si hay lesiones a constatar.
Evaluación por el Fiscal	• Una vez que el Ministerio Público está en conocimiento de la denuncia, el Fiscal evaluará los antecedentes para decidir si abre una investigación.
Formalización de la Investigación	• El presunto autor/a ahora es imputado/a, por lo que un Juez de Garantía podría restringir algunos de sus derechos (medidas cautelares: prisión preventiva, prohibición de acercamiento a la víctima, etc.). (art.229 CPP)
Cierre de la Investigación	• Si el Fiscal no reunió los elementos suficientes, finalizará el proceso. • Si los reunió, formulará una acusación a la persona imputada. Se pasa a la preparación del Juicio Oral.
Preparación del Juicio Oral	• Puede finalizar aquí el proceso por una suspensión sujeta a condiciones. También se puede dar un procedimiento abreviado si la persona imputada reconoce los hechos. Son mecanismos alternativos al juicio. • Si se continúa al Juicio Oral, en la Audiencia Oral se informa a la persona acusada los antecedentes de la investigación (delimitar los hechos). Tambien se debate la pertinencia y/o legitimidad de las pruebas. Todo se consigna en el auto de apertura del Juicio Oral.
Juicio oral en audiencia pública	• Los testigos serán interrogados y contrainterrogados por los abogados/as; los peritos presentan los resultados de los peritajes, entre otros. Concluido el debate, tres jueces deliberan y dictan su resolución. En un plazo no superior a cinco días se comunica la sentencia. En caso de ser condenatoria, se incluye la pena al condenado/a. • Si la sentencia no se impugna, aquí finaliza el proceso judicial penal.

Fuente: Elaboración propia. CPP: Código Procesal Penal.

PROCESOS CIVILES ANTE TRIBUNALES DE FAMILIA

Los Tribunales de Familia se crearon como consecuencia de la reforma al sistema de justicia de familia, por medio de la Ley 19.968. En su artículo 8 señala que su competencia es conocer aquellas causas en que exista vulneración o amenaza a los derechos de niños y niñas, y aquellas en que éstos cometan un hecho punible, siendo menores de 14 años[20].

La Ley 19.968 también introduce la figura del curador *ad litem* para que defienda los intereses de los NNA. Le corresponderá al juez de familia designar un abogado/a (curador), cuando el niño carezca de representante legal o cuando el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con aquellos de quien lo representa. Esta "representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal" (art. 19). Si bien el INDH ha valorado la existencia de esta figura (INDH, 2010:124), los curadores son instituciones jurídicas que se aplican para la defensa de "incapaces o ausentes", basando su defensa en el bien común. Esto es útil ante la ausencia de apoyo, sin embargo, un curador *ad litem* está lejos de convertirse en un defensor en la perspectiva y acorde a los estándares que introduce la Convención, pues esta supera el concepto de incapacidad e instala los conceptos de sujeto de derechos y autonomía progresiva para los NNA.

Los procedimientos llevados por estos tribunales se encuentran organizados según materia. Para ello se distingue

20 En el artículo 8.9, inc.1, también se otorga competencia a los Tribunales de Familia para conocer ciertas faltas penales cometidas por mayores de 14 y menores de 16 años, y por mayores de 16 y menores de 18 años.

entre un procedimiento ordinario de aplicación general, y un procedimiento especial para ciertas materias[21]. El procedimiento ordinario consiste en una audiencia preparatoria y otra de juicio, las cuales son orales y realizadas ante el juez de familia y las partes.

La audiencia preparatoria se lleva a cabo con las partes representadas por sus abogados. Las partes realizan una exposición sintética de la demanda y su contestación; el juez resuelve sobre eventuales medidas cautelares, promueve la resolución del conflicto a través de la mediación o la conciliación, de ser factible; determina el objeto del juicio, fija los hechos que deben ser probados y las convenciones probatorias, recibe los datos de los testigos que presentará cada parte, entre otros. A la audiencia de juicio concurren las partes personalmente con su abogado y rinden la prueba ante el juez (testimonio, documentos, etc.). Al finalizar esta audiencia, el Juez debe comunicar su resolución a las partes, sin perjuicio que fije otra audiencia para la lectura del fallo.

Para establecer medidas de protección hacia los NNA, en el artículo 69 de la Ley 19.968 se señala expresamente que el juez debe tener en cuenta sus opiniones, considerando su edad o madurez, debiendo realizarse la declaración en un ambiente apto y acorde a su condición, aspectos acordes a los estándares internacionales. La declaración puede hacerla en la audiencia preparatoria, de juicio o en otra fijada especialmente para ello. El juicio puede ser iniciado de oficio por el juez, a requerimiento del niño/a, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores, del director del establecimiento educacional al que asiste, de los profesionales de la salud que lo atienden, de SENAME o de cualquier persona que tenga interés en ello.

Respecto de las medidas cautelares posibles, la Ley 19.968 señala en su artículo 71 que la sentencia será dictada en forma oral una vez terminada la audiencia de juicio y el juez deberá promover que las partes acuerden la forma más conducente a la solución de la situación. Si ello no es posible, deberá explicar a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y duración[22].

En la misma Ley 19.968 se prohíbe tomar juramento al/la testigo menor de 18 años (art. 38). Se dispone que el tribunal debe informar adecuadamente a la persona menor de edad acerca del motivo del proceso y sus derechos, debiendo resolverse las consultas que formule durante la audiencia preparatoria. Dicha comunicación se realizará en un lenguaje y forma comprensibles por el niño/a o adolescente (art. 72), lo que también es un requisito de los estándares internacionales en la materia. Asimismo, esta ley faculta al juez para asesorarse profesionalmente (consejeros técnicos) cuando deba valorar la declaración de una persona menor de edad para poder resolver (art. 5).

El juez tomará directamente el testimonio del NNA y las partes deberán dirigir sus consultas u observaciones por su intermedio. No obstante, la regla se relativiza si el NNA es capaz de soportar un interrogatorio directo, circunstancia que debe ser apreciada por el propio juez (art. 41 Ley 19.968). La declaración debe realizarse en un ambiente apto y acorde, pero esta mención se hace solo para casos en que intervengan como víctimas y se evalúe la posibilidad de aplicar alguna medida de protección, sin considerar a los NNA testigos (art. 69 Ley 19.968). Cabe destacar que "[l]os niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente" (art. 79 Ley 19.968), consignando así su derecho de audiencia con el juez.

Ante los Tribunales de Familia no existen reglas generales que habiliten la declaración anticipada de un NNA. La excepción corresponde a los actos de violencia intrafamiliar, pues el juez podrá recabar la declaración del denunciante –mayor o menor de edad– previo a la realización de la audiencia preliminar (art. 91 Ley 19.968). Además, la denuncia de la víctima en casos de violencia intrafamiliar le otorgará la calidad de parte en el proceso (art. 82 Ley 19.968).

21 Algunas materias corresponden al ámbito Proteccional en casos de derechos vulnerados (arts. 68 a 80 bis), Violencia Intrafamiliar (arts. 81 a 101), Infraccional (arts. 102A a 102N), y en casos de adopción (Ley Nº 19.620).

22 La ley señala como medidas posibles la entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado, confiarlo al cuidado de una persona o familia en caso de urgencia, el ingreso a un programa de familia de acogida o centro de diagnóstico o residencia, disponer su concurrencia a un programa o acción de apoyo, reparación u orientación, suspender el derecho de una persona a mantener relación directa y regular con el niño, niña o adolescente, determinar algunas prohibiciones, internación en un establecimiento hospitalario, entre otras.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE NNA FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS (ARTS. 68 A 80 BIS LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA)

Inicio del procedimiento	• Se puede iniciar por denuncia o demanda. • La denuncia puede interponerla el NNA, padres, profesores o director/a del establecimiento educacional, profesionales de salud, SENAME y cualquier otra persona que tenga interés en ello (art. 70). • Para la demanda no se necesita un abogado/a. El juez realizará el control de su admisibilidad. • Una vez admitida la demanda, el Tribunal citará a las partes a una Audiencia Preparatoria.
Audiencia Preparatoria	• Se presenta una síntesis de la demanda y su contestación ante el Juez y las partes, se determina el objeto del juicio y los hechos a probar. • El juez promueve la resolución del conflicto mediante la mediación o la conciliación, si es factible. • El juez también resolverá las medidas cautelares a tomar. Podrá requerir el auxilio de Carabineros, no pudiendo durar la medida más de 90 días (art. 71). Estas medidas se pueden suspender, modificar o cesar en cualquier momento si lo justifican las circunstancias (art. 80). • En caso de decretar medidas de protección, es obligación del juez el considerar las opiniones de NNA según su edad y madurez (art. 69). Los/as NNA tienen derecho de Audiencia con el Juez (art. 79).
Audiencia de Juicio	• Se fija como máximo a los 30 días de la Audiencia Preparatoria. Realizada ante las partes con sus abogados/as. Se rendirán las pruebas documentales y testimoniales. En caso de informes periciales, el juez podrá asesorarse por el consejo técnico. • Al finalizar el juez debe comunicar su resolución (sentencia), pudiendo fijar una nueva audiencia para la lectura del fallo.
Seguimiento de la Resolución judicial	• La medida decretada por el juez será objeto de seguimiento por las Unidades de cumplimiento o de ejecución de los Tribunales de Familia, para evitar que una sentencia quebrantada reingrese como nueva causa.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (ARTS. 81 A 101 LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA)

Inicio del procedimiento	• Con la denuncia ante Carabineros y Policía de Investigaciones, que se remite al Juzgado de Familia. También se puede realizar directamente en este Juzgado. La denuncia de la víctima le otorga la calidad de parte en el proceso (art. 82). • Los casos serán vistos por los Tribunales de Familia, salvo configuración de un delito. En ese caso se remiten de inmediato los antecedentes al Ministerio Público, incluso cuando el delito se configure durante las audiencias (art. 90). • Si hay medidas cautelares a tomar, cualquier tribunal que ejerza jurisdicción en asuntos de familia, el fiscal del Ministerio Público o el juez de garantía deberán adoptarlas de inmediato, aunque no sean competentes (art. 81).
Audiencia Preparatoria	• Si la denuncia/demanda la interpuso un tercero y la víctima manifiesta su voluntad de finalizar el proceso, se podrá poner término en esta etapa. **Medidas Cautelares:** • El juez de familia deberá dar protección a la víctima y grupo familiar, incluyendo la cautela de la subsistencia económica e integridad patrimonial (art. 92). Se le dará a la víctima la certificación correspondiente (art. 93). El juez podrá requerir el auxilio de la fuerza pública (art. 93). En caso de incumplimiento, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público (art. 94). **Suspensión condicional de la dictación de la sentencia:** • Si la persona denunciada/demandada reconoce los hechos se presume que no repetirá su conducta, el juez podrá suspender la dictación de la sentencia bajo ciertas condiciones (art. 96). Si la suspensión condicional finaliza bien en un plazo mínimo de seis meses y máximo de un año, el procedimiento puede terminar aquí. • También puede suspenderse la dictación en casos de aceptarse la mediación. El juez deberá entonces asesorarse por el consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad de negociar libremente y en un plano de igualdad (art. 96). El procedimiento puede terminar aquí. • También puede terminar por archivo provisional de los antecedentes, en caso de abandono del procedimiento (no concurrir a Audiencias y no solicitar nueva citación). Las medidas cautelares fijadas quedarán también sin efecto al año de decretado el archivo provisional (art. 21) • El juez puede determinar que es improcedente una suspensión en ciertos casos y se continuará con la Audiencia de Juicio. Por ejemplo, si la persona demandada/denunciada ha sido condenada anteriormente por crimen o simple delito contra las personas, o delitos sexuales (art. 361 al 375 CP).
Audiencia de Juicio	• En caso de incumplimiento de la suspención condicional, el juez dictará sentencia y decretará su ejecución (art. 98 y 99). • Toda sentencia y suspensión condicional de su dictación será inscrita en el registro especial del Servicio de Registro Civil e Identificación (art. 96).

Fuente: Elaboración propia, sobre la base de www.bcn.cl, Ley 19.968 y Ley 20.066.

SITUACIÓN SOBRE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS JUDICIALES PENALES Y DE FAMILIA

Como se mencionó en el Informe Anual 2013, "todos/as los/as ciudadanos/as deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente" (INDH, 2013, pág. 59). Para ello el Estado inició una serie de reformas y modificaciones legales que también han incidido en el tratamiento que se les da a niños, niñas y adolescentes (NNA) en procesos judiciales.

Con la Reforma Procesal Penal, la Fundación Amparo y Justicia cree que se produjo un cambio favorable, pues "[p]or primera vez se han establecido en forma escrita, en el sistema de administración de justicia, una serie de derechos que tienen los niños y las niñas", reconociendo explícitamente que en tanto víctima el NNA es un actor válido del proceso (Cortés, Chía & cols., 2009, pág. 13).

Sin embargo, subsistirían una serie de dificultades que vulneran sus derechos al momento de entrar en contacto con las instituciones auxiliares de justicia (como las policías, SENAME) o las instituciones de justicia misma (Ministerio Público, Juzgados), entre otros.

DELITOS SEXUALES

La falta de protocolos es un problema extendido. En el caso de NNA víctimas de delitos sexuales, cada institución involucrada posee sus propios protocolos, e incluso dentro de la misma institución su aplicación varía. En el caso específico del delito de abuso sexual, Carabineros menciona que "las pautas de entrevistas no resultan ser estandarizadas ni consensuadas entre los diversos operadores, por lo que cada uno pregunta desde su saber y necesidad de conocimiento"[23].

Esta situación es preocupante para la Asociación Chilena pro Naciones Unidas (ACHNU), pues las opiniones que entregue un funcionario/a sobre el hecho pueden desincentivar que se continúe con la acción judicial. ACHNU remarca que Carabineros, en tanto institución que suele tener uno de los primeros contactos con la víctima de abuso sexual, no debe pronunciarse sobre la admisibilidad o no de este tipo de denuncia, pues esa es labor del fiscal[24].

Los problemas descritos dan cuenta del inicio de un largo recorrido de entrevistas que tienen los NNA víctimas de delitos sexuales. En un estudio realizado por el INDH[25] se identificaron al menos ocho instancias que debe atravesar un NNA víctima de abuso sexual, traduciéndose en al menos ocho interrogatorios o entrevistas con distintos actores institucionales.

El recorrido se inicia con la primera develación del abuso (1), es decir, con la primera vez que el NNA relata a otra persona que ha sido víctima de abuso sexual. La develación se realizará a una figura de afecto (mamá, papá o cuidador/a primario/a, siempre que no estén involucrados en los hechos) o alguna persona de confianza. Si se efectúa a personas que trabajan en establecimientos educacionales u otros organismos públicos, la denuncia debe realizarse en un plazo de 24 horas.

La denuncia (2) puede ser realizada en cuatro lugares: Carabineros de Chile, en el Servicio Médico Legal, en un Centro Asistencial de Salud o directamente en la Fiscalía de la comuna donde reside la víctima. Los tres primeros organismos tendrán que informar al Ministerio Público (3), de forma que se active la recopilación de antecedentes y comience la investigación por parte del fiscal a cargo. Es él quien decide y autoriza dónde se realiza el peritaje físico/sexológico y/o psicológico (4), pudiendo ser especialistas del Ministerio Público, del Servicio Médico Legal u otra institución colaboradora. Los dos tipos de peritajes mencionados incluyen entrevistas con especialistas, para recopilar antecedentes (5), como la existencia de testigos o cómplices del abuso, y la evaluación de la veracidad del relato. Si el fiscal considera

23 Documento entregado presencialmente por Carabineros de Chile al INDH, el día 11 de julio de 2014.

24 Entrevista realizada a representante de ACHNU, el 10 de junio de 2014.

25 En el marco de este estudio se realizaron 21 entrevistas, entre el 16 de mayo y el 12 de agosto de 2014. Se entrevistó a integrantes del Poder Judicial (juez de familia, de garantía, del Tribunal Oral en lo Penal, de la Corte de Apelaciones), del Ministerio Público, del Servicio Médico Legal (SML), de las Policías y del SENAME. Además, se entrevistó a especialistas de Naciones Unidas, a académicos y representantes de las organizaciones de la sociedad civil.

que los antecedentes que él ha recabado no constituyen la necesidad de realizar un juicio, el proceso llega hasta esa instancia, sin que el NNA reciba algún tipo de atención psicológica u otro apoyo institucional. Por el contrario, si estas primeras entrevistas logran entregar los antecedentes necesarios, el fiscal presentará el caso ante un juez en lo penal.

En este último caso, el fiscal a cargo debe decidir si se deriva al NNA a Tribunales de Familia (6). Si lo hace, se abren dos posibilidades. La primera, que se notifique al juez/a de familia para que decrete medidas de protección (6.1). Esto implica que puede ser citado/a de forma paralela ante el Tribunal de Familia y los tribunales penales, lo que propende a su victimización secundaria. La segunda posibilidad, es que el juez/a de familia, ante la afectación psicológica y necesidad de protección del NNA, derive a Programas de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) y/o a terapia reparatoria (6.2)[26]. Ambas posibilidades implican nuevas entrevistas por nuevos profesionales y especialistas. Mientras que por el lado del proceso penal, la víctima continuará hacia la preparación del juicio (7) y el juicio en sí mismo (8).

Dadas las múltiples etapas y derivaciones del NNA víctima de abuso sexual, ACHNU menciona que es una "pérdida de tiempo" denunciar en instancias previas al Ministerio Público, ya que solo el fiscal está autorizado para instruir los peritajes al Servicio Médico Legal y/o Policía de Investigaciones[27].

Para la Corporación Opción, "lamentablemente el sistema probatorio está sustentado en el niño/a como la prueba central y a partir de ese contexto se supedita a lo que él o ella consiga relatar y a la manera en que lo haga (si demuestra convicción, la cantidad de descripciones que entrega, etc.). Lo anterior no considera otras variables que intervienen en dicho proceso, tales como sus características evolutivas, interferencias emocionales, variables sociofamiliares que promueven el silenciamiento o estrategias de victimización de los presuntos agresores. Asimismo, el sistema probatorio no establece los mecanismos alternativos para que dichas variables u otras sean consideradas, complementadas o ponderadas según sea el caso"[28]. En este sentido, existen NNA que no son capaces de entregar el relato de su experiencia cuando el trauma aún persiste, no obteniéndose una de las principales pruebas en este tipo de juicios.

Frente a este contexto, SENAME afirma que el sistema es poco amigable con las víctimas, "no gira en torno a la víctima, sino que el sistema gira en torno al imputado. […] Se está aceptando que es un derecho que el niño o la niña, adolescente, cuando es víctima de un delito, tenga un querellante institucional. Un querellante particular que represente sus intereses, porque el fiscal no representa a la víctima, representa el afán punitivo estatal"[29]. Este elemento es muy relevante, pues para que las causas de abuso sexual avancen más rápido, es importante contar con un abogado/a, el cual no siempre pueden financiar las familias. Por ese motivo, el INDH valora la existencia del Programa de Representación Jurídica (PRJ) de SENAME, aunque reconociendo que se deben establecer mejoras, pues, como señala esta institución, el programa no está implementado en todas las regiones del país y existen listas de espera, lo que limita el derecho de acceso a la justicia sin discriminación.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Respecto de los procesos de violencia intrafamiliar, pueden ser llevados por los Tribunales de familia, pero también por un Tribunal Penal dependiendo del caso. En cuanto a los procesos en Tribunales de Familia, no siempre están coordinados con los procesos penales cuando involucran a las mismas personas (adultos y NNA). Si el Tribunal de Familia toma conocimiento de algún delito contra una persona menor de edad, es su deber informar la comisión del delito al fiscal para activar el área penal. Por el contrario, si un fiscal se encuentra en la investigación de un presunto delito contra NNA, no necesariamente da cuenta a Tribunales de Familia para activar la vía proteccional. No existe la seguridad de

26 En ambas derivaciones se identifica la necesidad de apoyo hacia la víctima a partir de la red psicosocial (escolarización en el caso que no asista a la escuela, identificación de consumo problemático de drogas y/o alcohol dentro de la familia y/o cuidadores, etc.).

27 Entrevista realizada a representante de ACHNU, el 10 de junio de 2014. Se constata también una dificultad en términos del funcionamiento de estos servicios en regiones, pues no todos funcionan las 24 horas del día, y en todas las regiones no existen programas vinculados.

28 Entrevista realizada a representantes de la Corporación Opción, el 29 de mayo de 2014.

29 Entrevista realizada a representante del SENAME, el 11 de julio de 2014.

que los NNA víctimas estén resguardados con las medidas de protección necesarias, pues ambos tribunales trabajan por separado.

Este trabajo por separado es preocupante, pues "la victimización sexual no se instala en una tábula rasa, en ese sentido el estudio de la dialéctica víctima-victimario, la posición que ocupan las otras figuras de protección respecto del autor y a la víctima, los factores de vulnerabilidad asociados al medio social inmediato y al cultural, los estresantes psicosociales presentes, etcétera, proporcionan información valiosa para la comprensión de la dinámica abusiva" (Salinas, 2006, pág. 8). De esta forma, mientras el sistema penal no considere el contexto familiar en el que se comenten ciertos delitos, y no informe a los Tribunales de Familia de las causas penales en las que se ven involucrados NNA, las víctimas menores de edad seguirán respondiendo a las diligencias de cada ámbito, lo que propende a su no consideración como víctima directa en casos de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y otros, contribuyendo en última instancia a su victimización secundaria.

Por eso es relevante visibilizar la participación de NNA en estos procesos, considerando su afectación en tanto testigo y/o víctima directa. Los fenómenos de violencia al interior de la familia "tiene[n] un efecto expansivo, ya que afecta a todos los integrantes de la familia" (Casas, Riveros & Vargas, 2009, pág. 76). Así la exposición de NNA a la violencia doméstica es una forma de violencia psicológica que menoscaba su dignidad y desarrollo, como lo señala el Comité de Derechos del Niño (OG N° 13, 2011).

La poca importancia dada al registro de la existencia de hijos/as da cuenta de la invisibilidad de NNA en estos procesos judiciales. Las cifras esconden un número indeterminado de NNA que son subrepresentados/as, obviando el hecho de que la exposición a la violencia los constituye en víctimas directas al interior de sus hogares. Esta situación se podría estimar por las cifras del SENAME, pues de los NNA vigentes en los distintos programas al 31 de diciembre de 2013, 10.221 ingresó como "testigos de violencia intrafamiliar" y "víctima de maltrato psicológico"[30]; cifra que es prácticamente equivalente a los 10.259 NNA vigentes por abuso sexual (SENAME, 2014).

Entonces, la situación de NNA víctimas de abuso sexual que participan en procesos judiciales es tan preocupante como la situación de NNA que participa en procesos judiciales por violencia intrafamiliar. Cabe considerar además que no todos los casos se judicializan, de forma que puede haber NNA que no pasan por todo el proceso judicial y que, sin embargo, necesitan terapia de reparación. Los tiempos de espera para comenzar la terapia también constituyen un punto débil del proceso judicial actual. En casos de abuso sexual, el 47,2% de los casos derivados a terapia tuvo que esperar entre uno y seis meses para ser atendidos luego de interpuesta la denuncia, y un 28,8% debió esperar entre una y cuatro semanas. Esto es preocupante, si se considera que la primera fase es crucial para minimizar el daño psicológico producido por este delito (Cortés, Chía & cols., 2009).

NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

En términos legales, los NNA mapuche vieron vulnerados sus derechos cuando se les aplicó la Ley Antiterrorista (Ley 18.314). Esta situación debería haberse superado con la primera modificación a esta ley, en octubre de 2010, pues excluía de su alcance a los menores de edad (Ley 20.467). La Ley Antiterrorista fue nuevamente modificada en junio de 2011 (Ley 20.519), añadiéndose un segundo y tercer párrafo al artículo 1, excluyéndose explícitamente de su aplicación a los menores de edad[31].

En cuanto al actuar de las policías, persiste la preocupación por el trato recibido por NNA mapuche. El Comité de Derechos del Niño, en su informe del año 2007 sobre Chile[32], señala que ha recibido información "de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía" (párr. 73), recomendando al Estado velar por "[…] que

30 Cifra que se desagrega en 6.338 NNA por motivo de ingreso "Testigo de Violencia Intrafamiliar" y 3.883 por ser "víctima de maltrato psicológico" (SENAME, 2014).

31 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Misión a Chile A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014. Párrafos 38 y 39.

32 Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la convención CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007.

los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos" (párr. 74). Así también lo sentencia la Corte de Apelaciones de Temuco, que además de constatar la vulneración a la libertad personal y seguridad individual de los NNA indígenas, ordenó a las policías adoptar medidas para evitar que ello ocurriese de nuevo a futuro (INDH, 2013)[33].

Un último caso de vulneraciones llevó al INDH a interponer un recurso de amparo nuevamente ante la Corte de Apelaciones de Temuco. El día 22 de mayo de 2014, al menos 40 niños y niñas mapuche se vieron afectados con los gases lacrimógenos de un procedimiento de Carabineros, mientras se desarrollaban las actividades escolares de la Escuela Municipal G – 816 de Temucuicui (comuna de Ercilla, región de La Araucanía)[34]. El INDH reitera una vez más "la necesidad de establecer protocolos policiales para realizar operativos en el contexto de comunidades indígenas y, en especial, para resguardar los impactos posibles sobre niños y niñas. Este diagnóstico es compartido por UNICEF, que en septiembre de 2012 elaboró el Informe 'Procedimientos policiales y Derechos del Niño'[35], en el que deja en evidencia la necesidad de adecuar el actuar policial en el contexto en que estén presentes niños y niñas indígenas" (INDH, 2013, pág. 85).

Finalmente, a partir del estado de situación general presentado, el INDH valora la existencia del Proyecto de Ley[36] que busca regular las entrevistas grabadas en video, de forma que se limite el número de veces en que un NNA pueda ser entrevistado/a en el marco de la investigación penal por delitos sexuales. Sin embargo, al ser exclusivo para casos de delitos sexuales, no da cuenta de la participación y protección de NNA en procesos judiciales por otro tipo de situaciones. Por lo demás, este proyecto no se pronuncia sobre quiénes tendrán acceso a la entrevista videograbada, el rol de los actores que participan en estos procesos, la existencia de reglas especiales para la declaración realizada durante la instrucción, los efectos de la declaración en casos de nulidad, considerando que no siempre es indispensable reiterarla. Estos elementos podrían constituir vacíos legales que finalmente incidan en la vulneración de los derechos de NNA y también en el derecho a la defensa de la persona imputada/acusada.

Según una integrante de la oficina de la Representante Especial de la ONU sobre la Violencia contra los Niños, "En Chile hay una deuda pendiente, porque es el único país de América del Sur que no tiene un código, una norma que de manera comprensiva aborde la percepción de derechos de la niñez y adolescencia, conforme a los estándares de la convención de la cual es un Estado Parte"[37]. En esta línea, es necesaria generar una ley de protección universal a NNA; mejorar la coordinación entre Tribunales de Familia y tribunales penales; y dimensionar en términos estadísticos la participación de NNA en procesos judiciales, según tipo de delito al que se ven confrontados y calidad (víctimas o testigos); además las instituciones deberían generar los protocolos necesarios para adaptar el trato hacia NNA. Solo así se podrá visualizar la necesidad de orientar los procesos penales, brindar protección específica y acorde a sus derechos, proporcionando instancias de reparación del daño causado, el cual es asimilable a cualquier otra forma de violencia grave, incluida la negligencia y el abuso sexual.

33 Ver capítulo "Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes", en INDH. (2013). Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013.

34 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, día 26 de agosto de 2014.

35 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. Procedimientos policiales y derechos del niño. Santiago de Chile, septiembre de 2012.

36 Boletín 9245-07. Esta iniciativa se encuentra actualmente en su primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución del Senado y que fue aprobado en general por la Sala del Senado.

37 Cecilia Anicama, miembro de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de la ONU, sobre la Violencia contra los Niños, en entrevista con el INDH, realizada el 12 de agosto de 2014.

4

BIBLIOGRAFÍA

Casas, L.; Riveros, F. & Vargas, M. (2009). *Violencia de género y la administración de justicia.* SERNAM. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.sernam.cl/descargas/violencia_genero.pdf

Consejo Nacional de la Infancia (11 de julio de 2014). *Presidenta Bachelet firma instructivo para reducir victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales.* Recuperado el 03 de octubre de 2014, de http://www.consejoinfancia.gob.cl/2014/07/presidenta-bachelet-firma-instructivo-para-reducir-victimizacion-secundaria-de-ninos-ninas-y-adolesc/

Cooperativa.cl. (08 de agosto de 2014). *Cooperativa.cl.* Recuperado el 03 de octubre de 2014, de Presidente de la Corte Suprema propone eliminar declaración de niños en procesos: http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/corte-suprema/presidente-de-la-corte-suprema-propone-eliminar-declaracion-de-ninos-en-procesos/2014-08-08/063220.html

Cortés, Chía & cols (2009). *Informe de Estudio para la Fundación Amparo y Justicia. Percepción de los Procesos de Investigación y judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en las Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Biobío.* Santiago, Chile: MIDE UC.

Gobierno de Chile (11 de julio de 2014). *La Presidenta Michelle Bachelet da a conocer la "Comisión Técnica en Garantías de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en procesos judiciales".* Recuperado el 11 de octubre de 2014, de http://www.gob.cl/2014/07/11/comision-tecnica-en-garantia-de-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentess/

INDH (2010). *Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Informe Anual 2010.

INDH (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Informe Anual 2013.

Ministerio Público (2013). *Boletín estadístico anual.* Chile. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do

Salinas, M. I. (2006). Variables Asociadas al contexto de Ocurrencia de la Victimización Sexual. *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* (97), 7-23.

SENAME (2013a). SENAME. *Boletín temático niños/as y adolescentes, primer trimestre 2013.* Departamento planificación y control de gestión, SENAME. Recuperado el 29 de septiembre de 2014, de http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2014/1/Boletin_201403_Nacional.pdf

SENAME (2013b). SENAME. *Boletín temático niños/as y adolescentes, cuarto trimestre 2013.* Departamento planificación y control de gestión, SENAME. Recuperado el 29 de septiembre de 2014, de http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/4/TEMATICO_201312.pdf

SENAME (2014). *Anuario estadístico Institucional, año 2013.*

Sepúlveda et. al. (2014). *Infancia cuenta en Chile 2014.* Segundo informe. Santiago, Chile: Observatorio niñez y adolescencia.

5

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

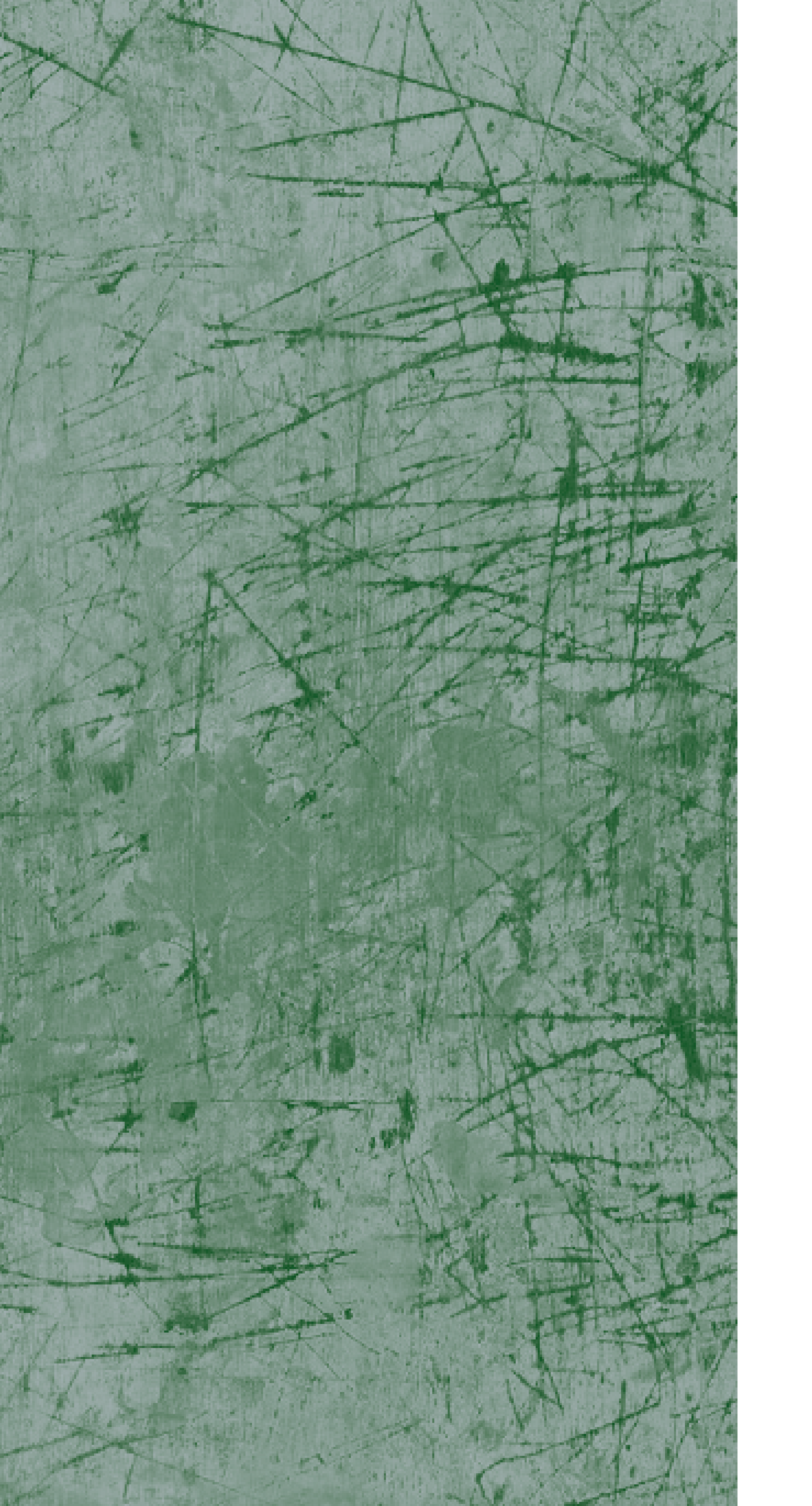








Fotografías: Enrique Cerda



DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA



ANTECEDENTES

El derecho de toda persona a adherir o no a una fe determinada, como su derecho a manifestar pública o privadamente esa fe, es un derecho humano que debe ser respetado, garantizado y protegido por el Estado. No obstante, en democracias como la de Chile donde el Estado es no confesional (desde 1925) y donde la mayoría de la población adhiere a la religión católica, ha habido políticas, normas o prácticas que, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, han debido ser modificadas con el objeto de permitir el ejercicio igualitario de este derecho. Ejemplo de esto es que en 1999 se publicó la Ley 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, la que asegura en su artículo 2 que "ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley".

Según la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2013, el 58% de las personas encuestadas dijo que expresar una fe o creencia es un derecho humano, mientras que el 13% vinculó el concepto de derechos humanos a la libertad religiosa. Asimismo, un 51% respondió que el derecho a expresar su fe o creencia está totalmente protegido en el país, y, en sentido contrario, un 7% fue de la opinión que este derecho no estaba para nada protegido. Mientras un 89% dijo que nunca se ha sentido discriminado por su religión, un 16% cree que a personas de una religión distinta a la suya no se les respetan sus derechos humanos. En efecto, un 4,9% de las personas católicas encuestadas dijo haberse sentido alguna vez discriminada por su religión, mientras que el porcentaje en el caso de las personas evangélicas alcanza el 20,9%. Asimismo, mientras el 9,9% de las personas encuestadas que dicen no pertenecer a una etnia indígena mencionaron haberse sentido discriminadas por su religión, el porcentaje en el caso de las que sí dicen pertenecer a una etnia indígena sube al 14,2% (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013).

Este derecho adquiere relevancia en una sociedad diversa, con un mayor número de adherentes a religiones distintas de la católica, y con el aumento de personas que han declarado no adherir a ninguna religión o culto específico, cuestión también protegida por este derecho. Y es que la libertad religiosa tiene un componente de autodeterminación de la persona: cada quien es libre para adherir o no a una religión o culto en particular, lo que obliga al Estado a no establecer obstáculos ilegítimos en el ejercicio de este derecho, los que se deben eliminar principalmente en el caso de grupos vulnerados, como personas pertenecientes a pueblos indígenas que están privados de libertad[1].

1 En el último año, aspectos como la posibilidad de celebrar festividades específicas –como el año nuevo mapuche en establecimientos penitenciarios– fueron objeto de debate público. Justamente, respecto del caso de Celestino Córdova, condenado por el incendio con resultado de muerte del matrimonio Luchsinger MacKay, el Consejo del INDH manifestó mediante declaración pública que "las personas privadas de libertad, independientemente del delito por el que estén procesadas o condenadas, tienen derecho a manifestar y practicar su religión o credo. El Estado tiene la obligación de generar las condiciones que, resguardando la seguridad inherente a la vida penitenciaria, permitan dicho ejercicio en las unidades penales velando porque estas sean igualitarias para todas las religiones y credos" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013b).

Así entonces, el presente capítulo se centra en el contenido del derecho a la libertad religiosa, las esferas a proteger, las obligaciones del Estado en la materia acorde a los instrumentos internacionales y la legislación nacional, para luego revisar algunos casos judiciales del último tiempo conocidos por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema donde se ha analizado el ejercicio de este derecho. Finalmente, el capítulo se refiere a la objeción de conciencia en Chile y qué han manifestado al respecto distintos órganos internacionales de los derechos humanos.

ACLARACIONES CONCEPTUALES

Es necesario distinguir el derecho de libertad religiosa de otros derechos con características similares. Por ejemplo, la libertad de pensamiento, la que abarca la libre facultad de la persona para formarse sus propias ideas en todo tipo de ámbitos, protegiendo de ese modo cualquier representación intelectual de una persona. La libertad de conciencia, en cambio, refiere a aquellas representaciones de tipo valórico, que se traducen en determinadas pautas éticas o morales que fijan la noción de lo correcto e incorrecto (Nogueira, 2008, p. 11). Esta última debe ser considerada como el sustento necesario para que exista libertad religiosa.

La libertad religiosa surge a partir de la libertad de conciencia, pero excede ese ámbito, ya que se caracteriza por proteger tanto la esfera de pensamiento como el ámbito de acción vinculado a la relación de la persona humana con (o sin) una religión o creencia espiritual. La libertad religiosa posee una dimensión objetiva en virtud de la cual se definen los límites que tiene el Estado respecto de sus diversas expresiones, imponiendo el deber de respetar las múltiples religiones que se expresan en la sociedad y de remover los obstáculos para explicitar y manifestar libremente las creencias. Esta dimensión incide en la configuración moderna del Estado no confesional, en donde este se abstiene de intervenir en asuntos propios de los credos y donde a su vez las leyes, normativas y políticas públicas no se adoptan a base de criterios o principios puramente religiosos. En su dimensión subjetiva implica el derecho de cada persona de tener o no una creencia religiosa o espiritual, practicándola individual o colectivamente, en espacios públicos y privados.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A nivel internacional, el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su párrafo primero que "toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado". Así, este párrafo establece dos derechos distintos: por una parte, la libertad para conservar la religión o las creencias (o de cambiar de religión o de creencias), y por otra, la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Esta distinción es relevante, ya que el párrafo segundo del artículo 12 establece que nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que menoscaben el primer conjunto de derechos (conservar o cambiar la religión o las creencias); mientras que, por su parte, el párrafo tercero del artículo admite que "la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por ley y necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás". Esta distinción entre los párrafos segundo y tercero del artículo 12 es vital para que cada Estado la respete al momento de regular la libertad religiosa. Finalmente, el párrafo cuarto del artículo reconoce el derecho de los padres, madres o tutores a que sus hijos, hijas y/o pupilos o pupilas reciban una educación religiosa y moral "[q]ue esté de acuerdo con sus propias convicciones".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es similar a la CADH en su reconocimiento de este derecho[2]. El artículo 18 establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual

2 La única diferencia es que mientras en la CADH la libertad de religión (artículo 12) está regulada de manera separada de la libertad de pensamiento (artículo 13), en el PIDCP ambos derechos están regulados en el mismo artículo 18.

o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza". Los párrafos siguientes establecen la misma regulación en cuanto a las restricciones permitidas a este derecho y el derecho de padres, madres y tutores a que sus hijos e hijas reciban una educación religiosa o moral acorde a sus convicciones. Asimismo, el artículo 27 establece que "en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"[3].

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano creado por el PIDCP, en su Observación General Nº 22, estableció que este derecho es profundo y de largo alcance, en tanto cubre "creencias teístas, no teístas y ateas[4], así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia", añadiendo que "los términos 'creencias' y 'religión' deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales"[5]. En cuanto a las formas de manifestar las creencias y que quedan protegidas por este derecho, se menciona "la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto", añadiendo también costumbres como "la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente solo hablan los miembros del grupo"[6].

Dentro de la Observación General Nº 22, el párrafo sexto resulta de gran relevancia. En él el Comité señala que el párrafo cuarto del artículo 18 protege la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias, en el sentido de que "permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva", señalando además que la libertad de los padres o de los tutores legales contemplada en ese párrafo 4 "está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18". De todos modos, el párrafo sexto de la Observación General precisa que la "educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores"[7]. Finalmente, el párrafo noveno de la Observación General, en relación con el principio de no discriminación por motivos religiosos, señala que "el hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes".

Posteriormente, y en relación con el artículo 27 del PIDCP, el Comité concluyó en su Observación General Nº 23 que "se relaciona con los derechos cuya protección impone obligaciones específicas a los Estados Partes. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. [P]or tanto, los Estados Partes

3 Si bien la CADH y el PIDCP establecen el marco general internacional de regulación de la libertad religiosa y de culto, este derecho también está regulado en tratados específicos como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2) y la Convención del Estatuto de los Refugiados (artículo 4).

4 N. del E.: Las creencias ateas no creen en la existencia de un dios, mientras que las no teístas, si bien tampoco creen en la existencia de un dios, sí conciben ideas como la vida después de la muerte o la reencarnación.

5 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 22. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, adoptada en su 48º período de sesiones, 1993, párrafo 2.

6 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 22. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, adoptada en su 48º período de sesiones, 1993, párrafo 4.

7 Ibídem, párrafo 6.

tienen la obligación de asegurar la debida protección del ejercicio de esos derechos y deben indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con ese fin"[8].

Un tercer tratado internacional donde se hace referencia a este derecho es el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el que en su artículo 5, literal a, establece que "deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente".

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones[9]. El artículo 6 de este instrumento internacional enumera algunas manifestaciones de la libertad religiosa y de culto. Entre ellas están la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones; escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; y establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional e internacional. La misma Asamblea General, en diciembre de 1992, aprobó la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas[10] la que, en su artículo 1, establece que "los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural o religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad". Asimismo, el artículo 2 añade que "las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas [...] tendrán derecho a disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo".

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas en su artículo 19 Nº 6 "la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público"[11]. La redacción es distinta a la revisada en los tratados internacionales, ya que no reconoce expresamente una libertad religiosa, aunque el origen de la redacción está en el numeral segundo del artículo 10 de la Constitución de 1925 y, en ese sentido, es parte de la tradición constitucional, a partir de ese momento en que, en definitiva, se consagró el Estado no confesional en nuestra República. Por lo mismo, entendiendo que esta libertad constitucional vigente comprende tanto la libertad de conciencia como la libertad de manifestar las creencias y la libertad de culto, es posible concluir que la Constitución resguarda la libertad religiosa al mencionar en este artículo sus diferentes dimensiones. En cuanto al régimen de restricciones a este derecho, la CPR no distingue entre libertad de conciencia y libertad de culto, lo que podría resultar relevante, pues de acuerdo con el PIDCP y la CADH la libertad de conciencia –como facultad que se ejerce en el ámbito interno– no es susceptible de ser regulada. De todas formas, una interpretación armónica con el ordenamiento jurídico internacional conduce a distinguir una esfera interna de libertad de conciencia que debe permanecer libre de coacción y restricciones por parte del Estado; y una esfera externa en donde rigen las limitaciones fundadas en la moral, las buenas costumbres y el orden público.

8 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 23. Derecho de las minorías, adoptada en su 50º período de sesiones, 1994, párrafo 9.

9 ONU, Asamblea General, Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada el 25 de noviembre de 1981, Resolución 36/55.

10 ONU, Asamblea General, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada el 18 de diciembre de 1992, Resolución 47/135.

11 El mismo artículo contiene dos incisos más referidos al derecho patrimonial de las confesiones religiosas como el derecho a erigir y conservar templos, y que estos junto a sus dependencias estarán exentos de toda clase de contribuciones.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, interpretando el artículo 19 Nº 6 de la CPR, ha planteado que "la libertad de conciencia, o ideológica, constituye uno de los pilares del Estado de derecho"[12], y que como toda libertad pública, esta tiene "una doble dimensión: son 'negativas' pues exigen que las personas estén libres de todo impedimento o constricción, y son 'positivas', pues el Estado reconoce la facultad de las personas para realizar un propósito. Ambas dimensiones deben ser garantidas en una democracia no solo a nivel de la ley, sino también en la vida real"[13].

A nivel legal, si bien este derecho está presente en distintas normativas, la regulación principal está en la Ley 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas. En ella se establece que ninguna persona puede ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas (artículo 2) y consagra en su artículo 20 que "el Estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea esta de derecho público o de derecho privado, y la plena capacidad de goce y ejercicio de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley, entidades que mantendrán el régimen jurídico que les es propio, sin que ello sea causa de trato desigual entre dichas entidades y las que se constituyan en conformidad a esta ley". En virtud de estos artículos es que se ha planteado que "la nueva ley [19.638] consagró la igualdad de todas las Iglesias" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, p. 139). Por su parte, el artículo 6 establece que la libertad religiosa y de culto implica, entre otras, las facultades de profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna, manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; cambiar o abandonar la que profesaba; practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos. Asimismo, el artículo agrega el derecho a recibir asistencia religiosa donde quiera se encuentre la persona, reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos, asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio y elegir para sí la educación religiosa acorde a sus convicciones. Es destacable que esta regulación abarca no solamente los actos que se pueden ejercer en virtud de la adherencia a una religión o a un culto determinado, sino que además reconoce que la omisión (no profesar creencia alguna) también está amparada por este derecho. Parte de estos derechos son detallados en leyes especiales, como la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, particularmente el derecho a recibir asistencia religiosa o espiritual (artículos 6, 7 y 18).

Del mismo modo, el artículo 138 y siguientes del Código Penal regula los crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los cultos y penaliza el impedir el ejercicio de un culto, retardar o interrumpir su ejercicio, ultrajar los objetos de un culto y ultrajar a un ministro de un culto en el ejercicio de su ministerio. La Ley 20.370 que establece la Ley General de Educación dispone como uno de los principios que rige el sistema educativo chileno es el de diversidad, el cual se traduce en el deber de "promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social" (artículo 3, literal e). Aclara además, en su artículo 4 inciso quinto que "es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad, fundada en un proyecto educativo público, laico, esto es, respetuoso de toda expresión religiosa, y pluralista, que permita el acceso a él a toda la población y que promueva la inclusión social y la equidad". La tolerancia y no discriminación son valores que aparecen a lo largo de esta normativa, con el objeto de fortalecer un sistema educativo respetuoso de la diversidad religiosa.

También a nivel legal existe la prohibición de discriminación por motivos religiosos. La Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación reconoce expresamente la religión o creencia como una de las categorías sospechosas que *a priori* no deberían justificar una distinción, exclusión o restricción en el ejercicio de derechos, aclarando en cualquier caso que podrán considerarse razonables las distinciones,

12 Tribunal Constitucional, Rol 567-2006, sentencia de 2 de junio de 2010, considerando 28.

13 Ibídem, considerando 29.

exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en motivos como la religión, "se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima" (artículo 2, inciso 3º)[14]. A nivel legal, se debe mencionar también la reciente modificación que introdujo la Ley 20.750 a la Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión, y que considera la diversidad religiosa como parte del pluralismo que cautela este organismo[15].

A la regulación constitucional y legal se deben agregar otras regulaciones de menor jerarquía jurídica contenidas en decretos[16]. Cabe destacar el Decreto Supremo (DS) Nº 924 del Ministerio de Educación que reglamenta las clases de religión en establecimientos educacionales, estableciendo que las clases de religión deberán ser ofrecidas con carácter de optativas y que podrán ofrecerse clases de diversos credos religiosos (artículo 3). El artículo 5, por su parte, establece que "los establecimientos particulares confesionales ofrecerán a sus alumnos la enseñanza de la religión a cuyo credo pertenece y por cuya razón han sido elegidos por los padres de la familia al matricular a sus hijos", agregando en el inciso segundo que "dichos establecimientos educacionales [particulares confesionales], sin embargo, deberán respetar la voluntad de los padres de familia que por tener otra fe religiosa, aunque hayan elegido libremente el colegio confesional, manifiesten por escrito que no desean la enseñanza de la religión oficial del establecimiento para sus hijos".

14 Para un análisis en detalle sobre la Ley 20.609, ver INDH, Informe Anual 2012, página 109 y siguientes.

15 El nuevo inciso quinto del artículo 1 de la Ley 18.838 establece que "para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, la observancia de estos principios".

16 Entre ellos, el Decreto Supremo Nº 155 del Ministerio de Defensa Nacional que reglamenta la asistencia religiosa en establecimientos de las fuerzas armadas y de las de orden y seguridad pública; el Decreto Supremo Nº 94 del Ministerio de Salud que aprueba el reglamento sobre asistencia religiosa en recintos hospitalarios; y el Decreto Supremo Nº 703 del Ministerio de Justicia que aprueba el reglamento de asistencia religiosa en establecimientos penitenciarios y similares.

EL DERECHO EN TENSIÓN: CASOS JUDICIALIZADOS

TENSIONES CON OTROS DERECHOS

En la aplicación práctica de las garantías fundamentales, estas pueden entrar en tensión con otros derechos, lo que plantea la necesidad de ponderar los principios en pugna para el caso concreto. La libertad religiosa no escapa de esta lógica y existen casos en que la judicatura se ha visto enfrentada a resolver los conflictos entre alguna de las manifestaciones de la libertad de ejercer la propia religión con otros derechos. Uno de los principales mecanismos judiciales llamado a resolver estos conflictos es el recurso de protección, el cual expresamente incluye en su competencia al artículo 19 Nº 6 de la CPR[17]. Por lo mismo, a continuación se consideran casos específicos que durante el período de análisis del presente Informe Anual han sido resueltos por los tribunales mediante esta acción constitucional[18].

Un primer caso fue el de dos estudiantes universitarios –un hombre y una mujer– de tercer año de Odontología en la Universidad San Sebastián, quienes solicitaron la reprogramación de dos exámenes solemnes en virtud de que estaban calendarizados para un sábado, el que según su religión adventista constituye su día de descanso semanal. Ante la negativa de la casa de estudios, los estudiantes presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que si bien acogió el recurso obligando a la Universidad a reprogramar las solemnes, no fundamentó su decisión en una vulneración a la libertad religiosa "porque no existen antecedentes que permitan inferir que la situación denunciada por los recurrentes tuviera por origen la fe que ellos profesan o que por esta vía se pretendiere limitar su derecho a consagrarse a su culto"[19]. El análisis de la Corte

17 Aun cuando el recurso de protección es una de las acciones judiciales principales en esta materia, son pocos los casos en que se alega la vulneración de la libertad de religión y culto. Ver INDH, Informe Anual 2011, página 89 y siguientes.

18 Esto no obsta que existan más casos que hayan sido conocidos mediante otras acciones judiciales, como por ejemplo, por medio del mecanismo de tutela de derechos fundamentales en materia laboral.

19 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 132.162-2013, sentencia de 2 de enero de 2014, considerando cuarto.

se basa en que no vio una intención de vulnerar la libertad religiosa de los estudiantes, pero omite que la vulneración a derechos humanos no solo puede producirse donde existe una intención, sino que también cuando el resultado –independiente de la intención– vulnere derechos fundamentales. No obstante, la Corte consideró que la no modificación de la fecha fue arbitraria y afectó la igualdad ante la ley, ya que "al no darse razón alguna, aparece que es solo el exceso de rigor reglamentario el que provoca una situación que perjudica a los recurrentes"[20]. En segunda instancia, la Corte Suprema revocó el fallo, con un voto disidente, al considerar que si bien "la Constitución y la ley efectivamente garantizan el derecho que reclaman los recurrentes; […] ese derecho debe compatibilizarse con las situaciones académicas y contractuales que estos decidieron libremente asumir"[21]. De este modo, la casa de estudios adoptó la no modificación de la solemne "en estricta aplicación de los reglamentos y programas académicos que rigen para la generalidad de sus alumnos y de este modo no ha incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna"[22]. Siguiendo el test de convencionalidad, la Corte en el presente caso no presentó un análisis de proporcionalidad en orden a verificar si la calendarización del examen para un sábado era la medida menos lesiva para el ejercicio del derecho[23].

Un segundo caso es el de un funcionario de la Policía de Investigaciones (PDI) quien en enero de 2014 fue sancionado con una medida disciplinaria por ausentarse de sus labores un sábado. El funcionario defendió su ausencia en razón de que su jornada fue modificada incluyendo los sábados, lo cual para él no era posible al profesar el credo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. La Corte de Apelaciones de Valparaíso concluyó que "no se ha vulnerado el derecho que le asiste al recurrente de practicar y manifestar el culto religioso que profesa, y por ende no se ha infringido la Garantía Constitucional establecida en el Nº 6 del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, ni La Ley 19.638[.] En efecto, la situación que se ha originado respecto al recurrente quien ha sido sancionado por su superior jerárquico, no dice relación con un impedimento para desarrollar y practicar su religión, sino con haber actuado al margen de los procedimientos establecidos en la Institución a la cual pertenece desde hace varios años, para justamente haber logrado eliminar las trabas, que estimó le afectaban para asistir al culto el día sábado"[24]. La Corte añadió además que no se realizó conducta alguna con el objeto de privar al recurrente de su derecho a ejercer su culto. En este sentido, al igual que en el caso anterior, la Corte mantuvo el criterio de estimar que no basta con el mero conflicto entre el día de descanso semanal por motivos religiosos y la existencia de otras obligaciones ese día, en tanto las segundas no persigan la privación o perturbación del libre ejercicio del credo. En cuanto a la armonización entre ambas obligaciones, aparentemente para la Corte es suficiente la existencia de un procedimiento formal para manifestar estos obstáculos.

Un tercer caso se vincula con el derecho de recibir educación religiosa, y en particular, de no recibirla si no se desea. Una estudiante de tercero medio del colegio San Conrado de Futrono, establecimiento particular subvencionado dependiente del Obispado de Valdivia, dejó de asistir a las clases de religión basándose en que no era creyente, cuestión confirmada por sus padres. Ante esto, el establecimiento le comunicó que dado el carácter confesional del establecimiento, no se le renovaría para el próximo año el contrato de prestación de servicios educacionales, lo que motivó el recurso de protección presentado por la estudiante. La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso planteando que producto de la libertad de culto no es posible condicionar la matrícula de un alumno a la

20 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 132.162-2013, sentencia de 2 de enero de 2014, considerando quinto.

21 Corte Suprema, Rol Nº 1720-2014, sentencia de 11 de marzo de 2014, considerando cuarto.

22 Ibídem, considerando quinto.

23 Este régimen constitucional de limitaciones debe ser analizado complementariamente con el "test de convencionalidad" realizado por la Corte IDH para verificar si la restricción al derecho ha sido legítima, es decir, si ha sido establecida por ley, si responde a un interés legítimo y si es necesaria en una sociedad democrática (proporcionalidad de la medida e interferir en la menor medida posible el ejercicio del derecho). Este test otorga certeza en cuanto a que la medida restrictiva ha sido debidamente debatida por los poderes del Estado competentes, que resulta razonable su aplicación y que su aplicación está libre de toda arbitrariedad por parte del Estado. Ver Corte IDH, caso Claude Reyes vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párrafos 89 a 91.

24 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol Nº 460-2014, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando décimo.

asistencia de clases de religión[25]. Agregó además que la libre suscripción de un contrato de prestación de servicios educacionales no puede alterar esta regla, considerando lo que al respecto regula el Decreto Supremo Nº 924 del Ministerio de Educación que expresamente establece que las clases de religión serán optativas, y que tratándose de establecimientos confesionales, estos "deberán respetar la voluntad de los padres de familia que por tener otra fe religiosa, aunque hayan elegido libremente el colegio confesional, manifiesten por escrito que no desean la enseñanza de la religión oficial del establecimiento para sus hijos"[26].

Como se destacara anteriormente respecto de la Ley 19.638, la Corte aquí también hace un reconocimiento expreso al aspecto negativo de la libertad religiosa, en virtud de la cual esta comprende no solo la facultad de recibir y entregar determinada enseñanza religiosa, sino también la libertad de no ser coaccionado a recibir una determinada instrucción religiosa, protegiendo de esta manera un ámbito secular dentro de la concepción de libertad de conciencia. Además, la Corte es clara en cuanto a la imposibilidad de condicionar este derecho en virtud de un contrato de prestación de servicios educacionales, aun cuando este haya sido libremente firmado por los padres. A diferencia de los casos anteriores donde las Cortes de Santiago y Valparaíso consideraron que las facultades que emanan de la libertad religiosa podrían ceder ante obligaciones contractuales libremente asumidas, aquí la Corte de Apelaciones de Valdivia, tratándose de la libertad para elegir una determinada instrucción religiosa, determinó que es la propia regulación la que excluye que un contrato libremente asumido por las partes implique renunciar a la facultad de recibir –o no recibir– educación religiosa[27].

25 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 2095-2013, sentencia de 21 de enero de 2014, considerando segundo.

26 Artículo 5º, DS Nº 924 del Ministerio de Educación, 1983.

27 De todos modos, cabe agregar que el Decreto Supremo 924 del Ministerio de Educación (1984) presenta problemas de reserva legal, en razón de que establece restricciones a derechos, cuestión que debe ser materia de una ley general.

LIBERTAD RELIGIOSA Y PUEBLOS INDÍGENAS

Un cuarto caso involucra la libertad de culto del pueblo aimara en el norte del país. El recurso de protección[28] fue presentado a raíz de la Resolución Exenta Nº 50 que contiene la calificación ambiental favorable de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Arica y Parinacota al proyecto de Manganeso Los Pumas de la minera Hemisferio Sur C.S.M.[29]. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Arica acogió el recurso señalando la afectación de la libertad de culto del pueblo aimara. En su razonamiento, la Corte señaló que "la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural, de todo lo cual se desprende que la probable afectación de la vertiente de la quebrada de Tarapacá, lo cual al erigirse como un lugar conectado con la divinidad andina, dada la cosmovisión aymara, en que el agua se estrecha con la vida, considerada una entidad sagrada "Uma", cualquier afectación, por mínima que sea, se ve amenazada la garantía constitucional del artículo 19 Nº 6 de la Constitución Política de la República, esto es, el ejercicio libre de todo culto"[30]. Asimismo, la Corte fundamenta esta decisión en los artículos 26 y 27 del PIDCP, el cual a juicio del tribunal "establecen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen

28 Si bien en este capítulo solo se analiza lo referente a la libertad religiosa y de culto (19 Nº 6 CPR), en el recurso de protección se alega la vulneración de un conjunto de derechos, entre ellos la igualdad ante la ley (19 Nº 2 CPR); a un medio ambiente libre de contaminación (19 Nº 8 CPR) y a la falta de una consulta previa acorde al Convenio 169 de la OIT.

29 Como consta en los considerandos 16 y 17 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica (Rol 182-2013), Los Pumas es una mina a tajo abierto ubicada a 37 kilómetros al norte de Putre de donde se quiere extraer el mineral, para luego ser sometido a un proceso de separación que requiere agua que se obtendrá mediante un ducto desde la quebrada de Tarapacá, ubicada a 19 kilómetros de la mina. Todo este proceso requiere la intervención del ecosistema existente en la zona, en donde habitan pueblos aimara. Para más información sobre este proyecto, se puede visitar el mapa de conflictos ambientales realizado por el INDH. Ver http://www.indh.cl/mapa-de-conflictos-socioambientales-en-chile.

30 Corte de Apelaciones de Arica, Rol Nº 182-2013, sentencia de 25 de noviembre de 2013, considerando trigésimo noveno.

derecho sin discriminación a similar protección, debiendo los Estados respetar las minorías étnicas para tener su propia cultura, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma"[31]. Por su parte, en segunda instancia la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica por falta de competencia, en virtud de que "si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad [tribunales ambientales], tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección"[32].

Este caso se vincula a otros resueltos por la Corte Suprema, en los que ha trazado una conexión entre el deber de no discriminación y la libertad religiosa de los pueblos indígenas. En este sentido, el fallo de la Corte Suprema de 16 de septiembre de 2013, referido a la construcción de un proyecto inmobiliario en las cercanías del Cementerio Topater en Calama, afirmó que "la intromisión desordenada, desautorizada e inconsulta de inversionistas que pretenden ejecutar un proyecto inmobiliario que, en lo físico, se ubicaría a no más de 35 metros de distancia del punto crítico donde se resguarda tal patrimonio, sumado al tráfago propio del hábitat en el que se desenvolvería la población que allí resida, perturba el derecho legítimo que tienen las recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados, garantizado para ellas y sus congéneres por el apartado 6º del artículo 19 de la carta fundamental, de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciara, arbitrariamente, del resto de las personas que, no perteneciendo a las etnias de las actoras, no ven inconvenientes para el libre ejercicio de iguales prerrogativas, contrariándose de esa forma, además, la garantía de igualdad y no discriminación que sienta el numeral 2º del propio artículo 19"[33].

31 Corte de Apelaciones de Arica, Rol Nº 182-2013, sentencia de 25 de noviembre de 2013, considerando trigésimo tercero.

32 Corte Suprema, Rol 17120-2013, sentencia de 12 de agosto de 2014, considerando quinto.

33 Corte Suprema, Rol 3010-2013, 26 de septiembre de 2013, considerando 11.

EL RESPETO POR LOS TEMPLOS Y LUGARES DE CULTO

5

La libertad religiosa se compone, en parte, por el respeto a los lugares religiosos donde las personas que adhieren una determinada religión o culto pueden profesar sus creencias en paz. Al respecto, y a propósito de hechos de violencia que ocurrieron en julio de 2013 en la Catedral de Santiago, el Consejo del INDH –mediante declaración pública– expresó que "la libertad de culto así como la garantía de su ejercicio también se encuentran amparadas por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. La intolerancia frente a cualquier tipo de expresión religiosa es incompatible con una cultura democrática y respetuosa de dichas libertades. Llamamos a la ciudadanía a rechazar todo acto de intolerancia y a respetar las diversas expresiones culturales y religiosas de nuestra sociedad" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Sobre esta materia, en junio de 2013, la Corte Suprema acogió un recurso de protección presentado en contra de la presidenta de la Sociedad Protectora de Animales Carlos Puelma Besa y de sus dirigentes por haber interrumpido en enero del mismo año la celebración de una misa en la Catedral de Valparaíso ingresando con pancartas y gritos en protesta al llamado que realizara el obispo de Punta Arenas para exterminar a los perros abandonados. Para la Corte Suprema, "es posible constatar que la sociedad protectora de animales recurrida en estos autos perturbó e interrumpió el acto ceremonial católico, desde que con prescindencia de la legitimidad de su reclamo se hizo presente en un templo católico alterando el desarrollo del oficio religioso que se celebraba en la Catedral de Valparaíso lesionando el ejercicio libre del culto de los feligreses que allí oraban"[34]. Por lo mismo, la Corte dispuso que "en lo sucesivo la Sociedad Protectora de Animales Carlos Puelma Besa y sus dirigentes deberán abstenerse de perturbar los oficios religiosos que se celebren en la Catedral de Valparaíso o en cualquier recinto de una iglesia, confesión o entidad religiosa"[35].

Asimismo, en septiembre de 2013, la Corte Suprema falló un recurso de protección presentado por el párroco de la

34 Corte Suprema, Rol 2139-2013, 4 de junio de 2013, considerando 6.

35 Ibídem, parte resolutiva.

iglesia San Francisco de Asís de Santiago, en contra de la Municipalidad de esa comuna, con el objeto de que, entre otras cosas, prestara a través de Carabineros de servicio de vigilancia a dicha iglesia para evitar ataques. Señaló la Corte Suprema que "es dable concluir que la municipalidad recurrida –como órgano del Estado– participa del deber de cooperación y conservación del patrimonio nacional por lo que le asiste la obligación legal de realizar todos los esfuerzos necesarios para el debido cuidado de la Iglesia cuya protección se solicita por este arbitrio, debiendo en consecuencia aportar los medios materiales y humanos para su resguardo, proporcionar pintura de recuperación para pintar la fachada, muros y en especial cuidar las puertas del templo histórico. Asimismo Carabineros de Chile deberá incrementar las rondas periódicas para controlar y vigilar la posible acción de terceros que provoquen daños al templo"[36].

OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia puede ser definida como la negativa de una persona natural a cumplir un mandato jurídico determinado por considerarlo contrario a sus convicciones. Este concepto surgió históricamente a raíz de la negativa a cumplir el denominado "servicio militar obligatorio", en tanto resultaría contrario al mandato de no violencia de algunas religiones. A partir de casos en este ámbito se desarrolló una doctrina que derivó de la libertad de conciencia al legítimo derecho a ser objetor de conciencia, y que ha sido recogida por algunos organismos internacionales, así como por legislaciones internas de múltiples países, que prevén ciertos requisitos para hacer uso de esta facultad y disponen obligaciones alternativas para estos casos.

La objeción de conciencia no está reconocida como derecho en ningún instrumento internacional. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en el párrafo final de su Observación General 22, indica que "en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18". En este sentido, el Comité hace un llamado a informar sobre las condiciones en que se puede ejercer la objeción, cuál sería la duración y naturaleza de la obligación alternativa que surgiría; y a no discriminar a los objetores de conciencia.

Desde el derecho de los derechos humanos ha habido pronunciamientos sobre el silencio de la ley chilena en cuanto a consagrar la objeción de conciencia en el caso del servicio militar. Por una parte, la Comisión IDH consideró que "la jurisprudencia internacional de derechos humanos reconoce la condición de objetor de conciencia en los países que prevén dicha condición en sus leyes nacionales. En los países que no prevén la condición de objetor de conciencia, los órganos internacionales de derechos humanos concluyen que no existe violación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión"[37]. En dicho caso, concluye frente a la legislación chilena –que no regula expresamente la objeción de conciencia– que no es posible estimar que exista una vulneración de la libertad de conciencia por exigirse el servicio militar obligatorio. Por otra parte, en julio del presente año, el Comité de Derechos Humanos señaló en sus observaciones finales al Estado de Chile que "pese a la información suministrada por el Estado parte de que la normativa vigente establece la voluntariedad como criterio prevalente para llenar las vacantes de reclutamiento y que la realización obligatoria perdura solo como criterio subsidiario, el Comité sigue preocupado que la ley vigente no reconozca la objeción de conciencia al servicio militar, como lo indicó anteriormente (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 13) (art. 18)"[38], recomendando al Estado de Chile "agilizar la adopción de una legislación que reconozca la objeción de conciencia al servicio militar"[39].

El derecho a la libertad religiosa posee una composición que plantea desafíos para un Estado no confesional y democrático. Dicha complejidad está dada porque tanto la doctrina como los tratados internacionales y la normativa interna distinguen una dimensión que no puede ser regulada por el Estado (adherir o no a una fe, o cambiarla) y, una segunda manifestación, la libertad de culto (la divulgación

36 Corte Suprema, Rol 6086-2013, 24 de septiembre de 2013, considerando 7.

37 CIDH, Informe Nº 43/05, Caso 12.219, Cristián Daniel Sahli Vera y Otros vs. Chile, 10 de marzo de 2005, párrafo 38.

38 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Chile, adoptada en el 111º período de sesiones, 7 al 25 de julio de 2014, párr. 24.

39 Ibídem.

o manifestación de la religión o creencia a la que se adhiere), que sí puede ser regulada de manera excepcional y conforme a ciertas reglas. En este sentido, si bien la norma constitucional del artículo 19 Nº 6 establece un régimen único de limitaciones para ambas dimensiones, esta debe ser interpretada armónicamente acorde al derecho internacional de los derechos humanos permitiendo la regulación de este derecho solo en cuanto a su fase externa, es decir, la manifestación o divulgación de la religión o creencia. Asimismo, la Ley 19.638 avanza en el desarrollo de esta libertad al reconocer como manifestación de esta la no adhesión a una religión o creencia determinada. Finalmente, llama la atención en los casos judicializados analizados aquí, la no aplicación de criterios que permitan determinar la legitimidad de las restricciones impuestas a la libertad religiosa, atendiendo a su legalidad, proporcionalidad y necesidad[40].

40 Sobre el "test de convencionalidad" de la Corte IDH, ver nota 23 en pie de página.

BIBLIOGRAFÍA

Durham, C. (1996). Perspectives on Religious Liberty: A comparative framework. In J. Van der Vyver, & J. Witte, *Religious Human Rights in Global Perspective*.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (30 de julio de 2013). *Declaración pública del INDH sobre hechos de violencia ocurridos en la Catedral de Santiago.* Obtenido de http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-indh-sobre-hechos-de-violencia-cometidos-en-la-catedral-de-santiago

Instituto Nacional de Derechos Humanos (diciembre de 2013). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de www.indh.cl

Instituto Nacional de Derechos Humanos (18 de junio de 2013b). *Declaración pública Consejo INDH por ceremonia religiosa indígena en cárcel de Temuco.* Obtenido de http://www.indh.cl/declaracion-publica-consejo-indh-por-ceremonia-religiosa-indigena-en-carcel-de-temuco

Nogueira, H. (2008). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.* Santiago: Librotecnia.

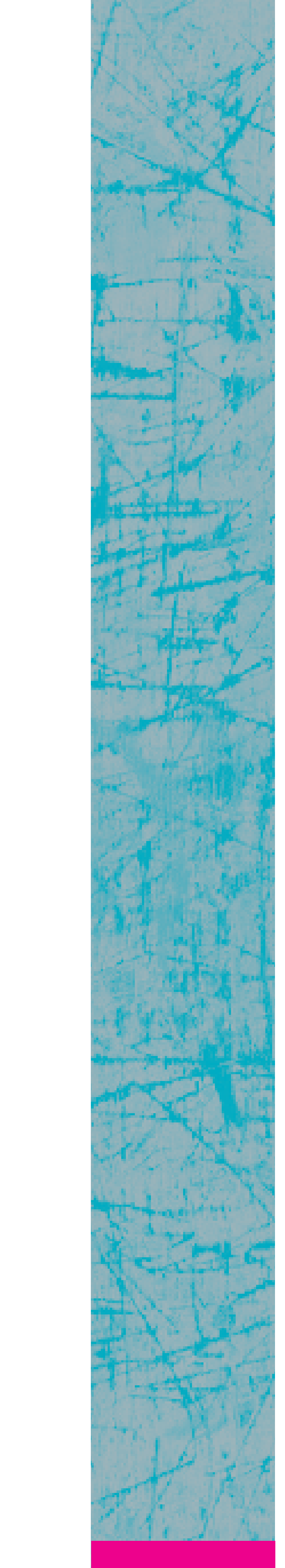
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2014). *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracias para un Chile inclusivo*.

Tórtora, H. (2012). Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile. *Revista de Derechos Fundamentales* (7).

Derechos **económicos, sociales y culturales**

4

1. Derecho a educación y libertad de enseñanza en la reforma educacional
2. Derecho a la salud y maternidad
3. Derecho al trabajo y tribunales laborales



1

DERECHO A EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA REFORMA EDUCACIONAL



Fotografía: Enrique Cerda



1

DERECHO A EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA REFORMA EDUCACIONAL

ANTECEDENTES: EL CUESTIONAMIENTO AL SISTEMA EDUCACIONAL CHILENO

El derecho a la educación ha sido reconocido como un derecho económico, social y cultural y, al mismo tiempo, un derecho civil y político[1]. El INDH, en sus Informes Anuales 2011 a 2013, se ha pronunciado sobre el sistema educacional desde la perspectiva de los derechos humanos, al analizar la vigencia del derecho a la educación en Chile. En este análisis, el Instituto reconoció los avances que ha tenido el Estado chileno en materia de ampliación de la cobertura educacional en los últimos 30 años así como en el incremento de los años de escolaridad promedio de la población y, en especial, de las nuevas generaciones[2]. También ha valorado el aumento del gasto público en educación –incluyendo el incremento salarial docente, al menos durante la primera década de los 90[3]–, la extensión de la educación preescolar y la matrícula en educación superior, y ha señalado los aspectos positivos –y también los aspectos deficitarios– del nuevo diseño institucional (Agencia de Calidad de la Educación, Consejo Nacional de Educación, y Superintendencia de Educación). Sin embargo, estos avances se ven afectados "por normativas, mecanismos y prácticas discriminatorias en el sistema educativo que generan desigualdades en la calidad de los procesos de enseñanza/aprendizaje a los que se accede y en las posibilidades de continuar estudios hacia niveles superiores"[4]. Otro gran problema dice relación con la calidad de la educación, en la medida en que los cuerpos normativos no contemplan en su definición a la educación en derechos humanos y al logro de los propósitos del derecho a educación, a nivel de conocimientos, habilidades, actitudes y valores, por medio del currículo, las prácticas educativas, de evaluación y de gestión, como elementos clave de dicha calidad. Adicionalmente, distintos estudios muestran que un significativo porcentaje de los estudiantes de la educación básica tienen rendimientos insuficientes en el desarrollo de habilidades y competencias relevantes para aprender[5]. Ello incluso ocurre en los colegios particulares pagados. De igual modo, un gran número de egresados de enseñanza media no comprenden lo que leen[6]. En cuanto a los egresados de la carrera de pedagogía que han rendido la prueba Inicia, un alto porcentaje tiene un nivel insuficiente en las diferentes áreas medidas y, la evaluación de desempeño profesional

1 "(…) se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos." (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14). Presentado el 10 de mayo de 1999. E/C.12/1999/4, párrafo 2).

2 La tasa de cobertura bruta de la educación parvularia es del 50,8%, en educación escolar alcanza el 91,1% y en educación superior es de un 45,8%. El promedio de escolaridad de la población de 25 a 35 años es de 12,6 años, en tanto que la de la población mayor de 65 años es de 7,2 años. (Encuesta CASEN 2011).

3 Cenda, 2002.

4 INDH, Informe Anual 2011, p. 53.

5 30% en Lectura y 40% de los estudiantes de 4º básico logran resultados insuficientes, en tanto que casi el 40% en ambas áreas tienen estos bajos niveles de logro entre los estudiantes de 8º básico, según Simce 2013 (Agencia de Calidad, 2013). En las mediciones de la prueba internacional PISA 2012, el 50% de los estudiantes no logra las competencias básicas de matemáticas, un tercio no las logra en Lenguaje y en Ciencias (Agencia de la Calidad, 2014).

6 Informe Final del Estudio de Comportamiento Lector a Nivel Nacional elaborado por el Centro de Microdatos de la Universidad de Chile, solicitado por el Consejo de la Cultura y las Artes en el marco de la licitación Nº 1725-318-LP10, 2011.

docente muestra que pese a un significativo mejoramiento entre el 2010 y el 2013, aún persiste un 17,7% de profesores que tiene un desempeño básico o insuficiente[7].

Por ello, el INDH considera necesaria una reforma del sistema educacional que aborde, desde una perspectiva de derechos humanos, los diferentes problemas existentes. Entre otros, la necesidad de fortalecer la educación pública, por medio de financiamiento suficiente; mejorar su institucionalidad; reformar y fortalecer la carrera docente asegurando su calidad, capacitar a directivos de colegios públicos; eliminar los mecanismos de discriminación en el sistema así como las barreras geográficas o étnicas de acceso a la educación que afectan a los grupos vulnerados en sus derechos; el fortalecimiento de las atribuciones de fiscalización del Estado; e integrar la educación en derechos humanos, especialmente en la formación inicial docente, como condición necesaria para su efectiva implementación en la educación escolar, entre otras materias. Mención aparte supone la educación superior, cuyo marco regulatorio, financiamiento, sistema de ingreso, oferta de educación técnica, sistema de educación pública superior entrarán en proceso de modificación.

No obstante, el presente apartado focaliza su contenido en revisar, específicamente, uno de los proyectos presentados por el actual gobierno y que solo considera un aspecto parcial de la reforma educacional, con el fin de analizar si las medidas propuestas se ajustan a las exigencias de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

El sistema educativo vigente en Chile, pese a las modificaciones que se le han efectuado, incluyendo el reemplazo de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza por la nueva Ley General de Educación de 2009, ha sido objeto de cuestionamientos en la última década, tanto por organismos internacionales como por grupos académicos y por diversos sectores de la ciudadanía en general (Carrasco, Contreras, Flores, Mizala, Elacqua, Valenzuela, 2013; Treviño, E. Valenzuela, J. P. y Villalobos, C, 2014; FSP, 2013). Las principales críticas se dirigen a la calidad de la educación, en relación con los bajos resultados de los y las estudiantes chilenas en comparación con los resultados de países equivalentes en nivel de desarrollo, y a la segmentación que caracteriza al sistema educacional en sus diferentes niveles, que hace de la educación chilena una de las más desiguales del mundo (OCDE 2014; 2014a)[8]. Además, el movimiento estudiantil ha cuestionado los altos costos que implica acceder a "educación de calidad" y proyectar estudios universitarios, planteando que el lucro en la educación es una de las principales barreras para ejercer el derecho (CONES 2014; CONFECH, 2014).

El INDH se ha referido a algunos de los aspectos presentes en la discusión pública, desde una perspectiva de derechos humanos. Para ello ha identificado, en primer lugar, los estándares internacionales que en la materia debe cumplir el Estado, de manera de poder contrastarlos con la actual situación nacional.

En primer término, el Instituto ha señalado que la provisión mixta de educación no representa un incumplimiento de los deberes del Estado en materia de derechos humanos, pero los resultados que produce el copago, por el modo en que opera, vulneran el derecho a la no discriminación, consagrado en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el cual obliga a los Estados Parte a prohibir "toda discriminación y garanti[zar] a todas las personas una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Este artículo, según la Observación General Nº18[9] del Comité de Derechos Humanos, "prohíbe la discriminación de hecho o de derecho", frente a lo cual los Estados deben "adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación". Protección similar establece el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2.2.

7 Mineduc (2014). Evaluación de Desempeño Profesional Docente. Resultados 2013.

8 "Más del 23% de la diferencia en el desempeño de los estudiantes puede ser atribuida a su estatus socioeconómico, mientras que en promedio, en países de la OCDE, se cifra en un 15% las diferencias por estatus socioeconómico" OCDE, Education policy outlook Chile, nov. 2013.

9 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, No Discriminación, adoptada en 1989, HRI/GEN/1/Rev.7.

En el caso de los colegios que reciben una subvención estatal, existen dificultades para el acceso a la educación y la libertad de elección de la educación que se desea obtener, ya que la posibilidad de elegir un establecimiento educacional se supedita a la capacidad de pago de las familias, en tanto requisito para el ingreso y permanencia en el establecimiento. Ello configuraría una situación de desigualdad en el ejercicio de la libertad de elección de la educación entre aquellas personas que pueden elegir libremente el establecimiento educacional de su preferencia y quienes solo pueden elegir entre aquellos que pueden pagar, provocando la segmentación de la población escolar, donde los estudiantes se educan con aquellos de su mismo nivel socioeconómico.

En este mismo sentido, el INDH ha cuestionado los procesos de selección, entendiendo por ello un proceso donde los establecimientos educacionales fijan criterios que los y las estudiantes y sus familias deben cumplir para poder ser aceptados/as, lo que podría atentar contra las posibilidades de elegir la educación que se desea, generando barreras que dependen de factores sociales, económicos y culturales[10].

Ni los efectos del copago ni los de la selección que han resultado en conjunción en altos grados de segregación han logrado ser totalmente mitigados por la Ley de Subvención Escolar preferencial (SEP), debido a que el 46% de los establecimientos particulares subvencionados con copago no han suscrito el convenio SEP –que permite acceder sin copago y sin procesos de selección a dichos establecimientos– y casi un millón de estudiantes que podrían acogerse a esta subvención no pueden impetrar este beneficio[11], como lo muestran los estudios sobre los efectos de esta ley en la segmentación educativa (Elacqua 2011; Valenzuela, Villalobos y Gomez, 2013; Mizala y Torche 2013).

En la educación básica es necesario considerar, además, que los estándares internacionales establecen la gratuidad y la universalidad de la oferta estatal como criterios básicos de funcionamiento y como medidas de aplicación inmediata (INDH, 2011: 55-61). En consideración a ello, los Estados están obligados a asegurar la elección de la educación para todos y todas, por lo que deben "derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza" y "adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza"[12].

Otra conclusión a la que ha llegado el INDH es que el modelo de financiamiento de la educación en Chile no favorece un adecuado despliegue de la disponibilidad[13] de la educación, generándose barreras de acceso que afectan a grupos de especial protección, como son los niños y niñas de comunidades rurales, la población con diversos tipos de discapacidad[14], o que proviene de pueblos indígenas, o para quienes quieren ejercer su derecho a educación estando privados de libertad. Todos estos grupos cuentan con una menor oferta, alejada de sus lugares de residencia o que no se adecua a sus necesidades y particularidades, dado que no logran constituir una demanda que incentive la instalación de escuelas para brindar estos servicios.

A estos problemas se suma una débil tutela judicial del derecho a educación[15], con menores garantías constitucionales en términos generales, pero además, con diferentes niveles de reconocimiento, regulación y protección entre los distintos niveles educacionales, siendo mayores para la educación

10 "Se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza". Convención UNESCO 1960, relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Artículo 1º.

11 Cifra estimada a partir de los establecimientos particulares subvencionados que no han suscrito convenios SEP, según bases del Ministerio de educación sobre establecimientos y alumnos prioritarios.

12 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, UNESCO, 1960, Art. 3 a) y b).

13 Se entiende por "disponibilidad" la existencia de "instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 13. El derecho a educación (artículo 13). Presentado el 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10.

14 Según las propias estimaciones del Ministerio de Educación, unos 850 mil estudiantes presentan necesidades educativas especiales, de estos solo el 18% estaría recibiendo una educación diferenciada, por lo que el déficit de cobertura resulta preocupante (INDH, Informe Anual 2011, p. 61 y 186; INDH, Informe Anual 2012, p. 41.; INDH, Informe Anual 2013, p. 229).

15 Informe Anual 2011, p. 55 y 270-271. INDH, Informe Anual 2013, p. 225.

escolar, y escasos para la educación parvularia y la educación superior.

Asimismo el INDH ha hecho referencia a la falta de una noción clara de calidad de la educación, señalando que las normativas y políticas públicas destinadas a cautelarla resultan inconsistentes y no logran dar debida protección a elementos centrales del propósito de la educación como derecho humano[16].

En ese marco, el INDH también ha manifestado preocupación por el rol subsidiario del Estado en esta materia, particularmente en el hecho de que posee escasas atribuciones para garantizar el derecho a la educación, pues ellas se concentran en la fiscalización del uso de los recursos, así como una baja utilización efectiva de las que tiene, tanto en materia de realización del derecho (provisión directa de servicios educativos), en la regulación del funcionamiento de los establecimientos educacionales privados[17], como en la fiscalización[18] para resguardar el acceso a educación y el respeto de derechos en todos los espacios educativos.

Este apartado analiza el contenido del derecho a la educación y libertad de enseñanza a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y la normativa nacional, para luego analizar el proyecto de reforma y sus implicancias en relación con la garantía de este derecho.

DEBATE EN TORNO AL PROYECTO DE LEY

El actual Gobierno ha impulsado una reforma educacional que, según el mensaje del primer proyecto presentado, "se funda en la convicción de que la educación es un derecho social (…) y busca avanzar en terminar con las desigualdades estructurales del sistema educativo"[19]. Acorde al mensaje del proyecto (p. 2), este será complementado por una serie de iniciativas legislativas sobre educación parvularia, carrera profesional docente, nueva institucionalidad para organizar y desarrollar la educación pública y la educación superior. Sin embargo, hasta el 31 de octubre de 2014 no habían ingresado al Parlamento.

El proyecto ha suscitado un debate sobre el alcance de las transformaciones al sistema, siendo los principales puntos de la discusión la potencial afectación de la libertad de enseñanza y el rol que debe desempeñar el Estado. Mientras que algunos actores han puesto en discusión la legitimidad y admisibilidad del lucro en la esfera educacional, así como si es necesario regularlo más o si debiera ser eliminado; otros, por el contrario, sostienen que la libertad de enseñanza, ententida como facultad para abrir y administrar establecimientos educacionales, no puede ser limitada, como el proyecto presentado haría, por ejemplo, al eliminar la selección, el copago y el lucro.

Respecto de la libertad de enseñanza, el debate gira en torno a dos cuestionamientos: por una parte, el temor a que la regulación y participación del Estado en la apertura, mantención y propiedad de los establecimientos educacionales privados derive en una educación homogénea o intervenida mediante proselitismo político, por medio del condicionamiento de las subvenciones y la eliminación del financiamiento compartido. Quienes plantean estas aprensiones señalan también que esta medida podría llevar a los sostenedores al cierre de los establecimientos o al menos, a reducir los recursos con los que actualmente cuentan para operar, disminuyendo, por lo mismo, la calidad del servicio y afectando, principalmente a quienes han logrado una inserción en un espacio que hoy día operaría bien, por medio de la Subvención Escolar Preferencial (L&D, 30 de mayo de 2014; L&D, 6 de junio de 2014; Beyer y Eyzaguirre, 2014; CONFEPA, 31 julio 2014).

16 Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 26.2; Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, Art. 5.1.a); PIDESC Art. 13.1.

17 Sobre las garantías de igualdad y no discriminación y la regulación de la libertad de enseñanza, véase INDH, Informe Anual 2012, p. 43. Sobre calidad de la educación y regulación del sector privado véase, INDH, Informe Anual 2013, p. 223.

18 "(…) las escasas atribuciones para actuar por iniciativa propia en pro de la prevención de vulneraciones a este derecho que reconoce el MINEDUC y la predefinición de las situaciones atendibles para iniciar una fiscalización con que se ha iniciado el trabajo de la Superintendencia de Educación Escolar (Mineduc, 2012), debilita las posibilidades de garantizar el derecho a educación y la protección de derechos en los espacios educacionales y universitarios" (INDH, Informe Anual 2012, p. 47).

19 Mensaje presidencial Nº 131-362, 19 de mayo de 2013, Proyecto de Ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado; p. 3, 4 y 5.

Para contextualizar, cabe señalar que de los 12.144 establecimientos educacionales en funcionamiento en 2013, solo 602 no reciben ningún tipo de financiamiento estatal (5%). Por lo tanto, el 95% que recibe financiamiento del Estado es parte de lo que se entiende como educación pública[20]. En un 76,9% de ellos, el financiamiento estatal es completo, mientras que en un 20,4% es parcial, complementándose con los aportes de las familias. En relación con la matrícula, el Estado financia completamente la mensualidad del 60,4% de los estudiantes[21].

Un segundo cuestionamiento en relación con la libertad de enseñanza versa sobre los riesgos para la sostenibilidad y autonomía de proyectos educativos, si no se permite seleccionar a familias acordes a ellos[22], y si el proceso de admisión queda en manos del Estado (CONFEPA, 2014). A estas voces disidentes al proyecto, han surgido otras que abogan por la necesidad de una educación inclusiva[23], no selectiva, y que opere con los resguardos de un derecho social (Godoy, Salazar y Treviño, 2014; Educacion2020, 2013). Bajo esta línea argumental también hay actores sociales que plantean que la reforma es insuficiente para lograr este objetivo, si no se elimina completamente el sistema de subvención y no se extienden las condiciones de gratuidad, fin al lucro y prohibición de selección a los establecimientos particulares que no reciben subvención del Estado (CONES 2014; CONFECH, 2014).

Para enfrentar ese debate, las autoridades del Ministerio de Educación iniciaron un proceso de participación ciudadana destinado a recoger preocupaciones, visiones y explicar el sentido de la reforma, por medio de diálogos ciudadanos a lo largo del país, además de la realización de diálogos temáticos y técnicos en los que participaron especialistas, organizaciones gremiales, estudiantiles, de padres y apoderados, centros de pensamiento e iglesias. Estos espacios han contado con el apoyo de Unesco en un rol de moderador. Durante el proceso que se extendió entre el 22 de julio y el 13 de septiembre, participaron más de 200 organizaciones, pero se mantuvo en tensión permanente la participación de los estudiantes secundarios y universitarios, quienes finalmente desistieron de continuar en el proceso en la última semana de agosto, acusando escaso poder resolutivo en esta instancia y las conversaciones paralelas que desarrollaba el gobierno para establecer acuerdos con otros actores políticos.

DERECHO A EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NORMATIVA NACIONAL

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el derecho a la educación contiene dos dimensiones: una prestación y dos libertades complementarias entre sí.

La prestación tiene relación con el contenido mismo del derecho, es decir, con el servicio educativo propiamente tal. En cuanto a las libertades, por un lado, la libertad de elección es la facultad que tienen los y las titulares del derecho a elegir la educación que se desea. Ello significa que, en el caso de personas menores de edad, los padres, madres y tutores/as tienen legitimación activa para elegir la educación de sus hijos/as. Por otro lado, el PIDESC y, su respectivo Comité, reconocen la libertad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza "siempre que aquéllas satisfagan las

20 Cálculos de establecimientos y matrículas establecidos sobre las bases de datos 2013 de establecimientos y matrícula del Centro de Estudios Mineduc, http://centroestudios.mineduc.cl/index.php?t=96&i=2&cc=2036&tm=2, consultados el 1 de septiembre de 2014.

21 Cálculo considera la matrícula de estudiantes que asiste a un establecimiento gratuito, sumando los y las estudiantes sujetos a Subvención Escolar Preferencial (SEP).

22 Al respecto, cabe señalar que, con fecha 24 de octubre de 2014, la Corte de Apelaciones de Concepción ha ratificado un fallo del 1er Juzgado Civil de Concepción en el que se condena al Colegio Santísima Trinidad a reintegrar a una estudiante que no fue admitida en atención a la situación de convivencia de su madre con su pareja. Ello, fundado en que el colegio habría justificado su actuar en "razones que configuran categorías sospechosas de discriminación, como son el estado civil y la filiación, perturbando con ello el derecho constitucional de la niña a educarse en el establecimiento de su elección" y que, en este caso, la libertad de enseñanza "queda supeditado" al de la libertad de educación. (C.A Concepción Rol Nº 1009-2014; 1er Juzgado Civil de Concepción Rol Nº 8828-2013)

23 Al respecto pueden revisarse los documentos de Educacion2020; Vicaría de la Educación del Arzobispado de Santiago, Fundación para la Superación de la Pobreza presentados en las mesas técnicas; http://reformaeducacional.gob.cl/participacion/documentos/ o revisar numerosas columnas de opinión de destacados académicos, juristas y políticos en medios como *El Mostrador, La Tercera, Emol*, entre mayo y agosto de 2014.

PIDESC, Artículo 13:

1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.*
2. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:*
   a. *La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;*
   b. *La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;*
   c. *La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;*
   d. *Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;*
   e. *Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.*
3. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
4. *Nada de lo dispuesto en este Artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.*

normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe"[24]. No se puede hablar de libertad de elección si no existen proyectos educativos diferentes a los del Estado. Como lo establece el Comité DESC, la libertad de elegir la educación de los hijo/as "se complementa con la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza"[25], resguardando que la orientación de la educación impartida, cualquiera sea la entidad que la provea, se oriente hacia "(…) el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favore[zca] la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y prom[ueva] el

24 "El segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13 es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe. Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del artículo 13, que afirma la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza". Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General Nº 13, op. cit. párr. 29.

25 Ibídem.

desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz"[26].

Se trata del punto de partida para poder establecer mínimos de calidad de la educación, toda vez que los objetivos constituyen un parámetro de lo que se debe lograr con el proceso educativo[27]. Así, los padres, madres y tutores/as deben poder elegir libremente la educación que consideren mejor para sus hijos e hijas, dentro de una diversidad de proyectos, y se debe asegurar que estos se orienten a los propósitos de la educación, cumpliendo con ciertos mínimos de contenido y calidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 13 del PIDESC (y precisados en la Observación General 1º y 16 del Comité de los Derechos del Niño[28], así como en la Observación General Nº 13 del Comité DESC[29]). En definitiva, como plantea el Comité de Derechos del Niño, los tratados internacionales "no establece[n] la forma de provisión de estos servicios, pero es importante destacar que los Estados no están eximidos del cumplimiento de las obligaciones que han asumido en virtud de la Convención cuando externalicen o privaticen servicios que afecten a la efectividad de los derechos del niño"[30].

Las obligaciones del Estado, a partir de los elementos referidos son: proteger la libertad de elegir la educación que se desea, asegurar y promover la existencia de diferentes ofertas de educación, resguardando que esta se oriente a los objetivos establecidos en el Art. 13.1 del PIDESC y garantizar las condiciones para establecer y dirigir establecimientos, así como prohibir acciones de terceros que atenten contra ellos.

El Estado debe garantizar que la educación, en todos sus niveles, cuente con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad adoptados por el Comité DESC en su Observación General Nº 13[31], solo reconociendo diferencias en las obligaciones inmediatas de gratuidad en la provisión de educación en los diferentes niveles. Esto quiere decir que debe existir oferta educativa en cantidad suficiente para la población que lo requiere, que no se debe discriminar en su acceso, que esta debe ser accesible desde un punto de vista material (geográfica y tecnológicamente) y económico, que la oferta sea de calidad acorde a los objetivos de la educación, pertinente y adecuada al contexto sociocultural y a diferentes necesidades educativas.

En este sentido, el Comité DESC afirma que "en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 [establecer y dirigir] no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad"[32]. Así, entre las obligaciones jurídicas concretas se reconoce que "los Estados Partes tienen la obligación de establecer "las normas mínimas (...) en materia de enseñanza" que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privadas establecidas con arreglo a los párrafos 3 y 4 del artículo 13. Deben mantener, asimismo, un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de esas normas"[33], lo que se ve reforzado con el señalamiento de que constituye una violación "el no velar por que las instituciones de enseñanza privada cumplan con las 'normas mínimas' de la educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13", "el no mantener un sistema

26 DUDH, art. 26; PIDESC art. 13; CDN art. 29. Estos propósitos u orientaciones se ven complementados en otros instrumentos internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, el Convenio 169 de la OIT y la Convención sobre Personas con Discapacidad, con la introducción de específicos elementos en atención con los grupos de especial protección a los que refieren y a la necesidad de eliminar los prejuicios y estereotipos que les afectan. Adicionalmente, ver estudio "El papel de la Educación en la formación del bienestar subjetivo para el desarrollo humano. Una revisión al caso chileno", realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), octubre 2014, y "La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI, presidida por Jacques Delors", Ed. Santillana, 1996.

27 Al respecto se ha pronunciado el ex-Relator sobre Derecho a la Educación, Vernor Muñoz Villalobos, refiriendo a que "la calidad no se reduce a un criterio de eficiencia cuantificable, sino que abarca la profundidad del compromiso humano hacia el presente y el futuro de todas las personas".

28 Comité DN, Observación General Nº 1, Sobre los propósitos de la educación. Presentado el 17 de abril de 2001. CRC/GC/2001/16; Observación General Nº 16 Presentado el día 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/16, párrafo 33.

29 Comité DESC, Observación General Nº 13. Op. cit.

30 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, adoptada el año 2013, CRC/C/GC/16; párrafo 33.

31 Ibídem, párr. 6.

32 Comité DESC, Observación General Nº 13. Párr. 30.

33 Ibídem, párr. 54.

transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del art. 13" o "el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación".

Además, "la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación", como lo ha señalado el Comité DESC en su observación General Nº 13[34], además de ser un principio presente en otros tratados como el PIDCP o la CEDAW. Finalmente, también es una obligación del Estado adoptar medidas para avanzar progresivamente en la gratuidad según nivel educativo, destinando el máximo de recursos disponibles a lograr gratuidad en todos los niveles en atención al principio propersona, y además, considerando que la gratuidad es una obligación inmediata para la educación primaria[35], y en el caso de Chile, para la educación parvularia desde el nivel medio menor y toda la educación escolar, de acuerdo con lo que dispone la Constitución (art. 19.10)[36].

En relación con la dimensión de libertad del derecho a la educación, la Constitución Política reconoce la libertad de elección acorde al tratamiento que le da el derecho internacional e incluye también la libertad de abrir y mantener establecimientos educativos, cautelando el cumplimiento de algunos requisitos mínimos de infraestructura, reglamentación interna y objetivos de la educación en general y por nivel, en referencia a lo que establece la Ley General de Educación. Así también lo ha reafirmado el Tribunal Constitucional al señalar que los padres/madres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos y que la libertad de enseñanza "resulta ser completa o plena, ya que abarca tanto a los fundadores o sostenedores de los establecimientos de enseñanza en la prosecución de sus proyectos educativos, como a los padres en la elección de aquellos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos"[37].

Por su parte, los objetivos reconocidos para la educación en Chile[38] son coincidentes con los estándares internacionales de derechos humanos, y se aplican a los diferentes niveles de la educación formal, de acuerdo con la Ley General de Educación. El Estado debe, por lo tanto, garantizar que todo el sistema educativo chileno cuente con mínimos de calidad atendidos dichos propósitos, independientemente de la propiedad de los establecimientos, el financiamiento de los proyectos o su administración.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA EDUCACIONAL BAJO ESTÁNDARES DEL DERECHO A EDUCACIÓN

Según el mensaje presidencial, el primero de los Proyectos de Ley de la reforma educacional[39] se orienta a tres objetivos: regular los procesos de admisión de los y las estudiantes, eliminar el financiamiento compartido y prohibir el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, atendiendo, de acuerdo al mensaje del proyecto, a una concepción de la educación como derecho social, entendida "no solo como un mecanismo de transmisión de conocimientos o como un mero entrenamiento para el trabajo, sino como un proceso de socialización y formación de personas integrales, de ciudadanos conscientes, críticos y comprometidos con su entorno y sociedad"[40].

34 Comité DESC, Observación general Nº 13, párrafo 31.

35 Comité DESC, op. cit.
Observación General Nº 20 sobre No Discriminación y DESC, Presentado el 2 de julio de 2009. E/C.12/GC/202.
Convención para la eliminación de toda forma de discriminación en la esfera de la enseñanza.

36 *"Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación".*

37 TC, rol Nº 410, considerando décimo quinto.

38 En la Constitución Política de la República, art. 10 inc. 1; LGE, art. 2 y Ley 20.529 art. 111.

39 Boletín Nº 9366-04 presentado con fecha 19 de mayo de 2014.

40 Mensaje presidencial Nº 131-362, por el que se introduce el proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

La propuesta introduce modificaciones en cuatro cuerpos legales: Ley General de Educación (LGE)[41]; la Ley 20.529 que establece un Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización; Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1998 sobre Subvención a los Establecimientos Educacionales, y Ley 20.248, que establece la Subvención Escolar Preferencial.

Las modificaciones legales que promueve este proyecto buscan, de acuerdo con el mensaje, impedir procesos discriminatorios en todo el sistema educativo, tanto público como privado, para lo cual revisa y amplía las regulaciones en torno a los procesos de admisión; la reglamentación interna de los establecimientos, y las condiciones que se deben cumplir para que los establecimientos accedan y mantengan la subvención estatal. Así también, se establecen modificaciones en el sistema de financiamiento, para reforzar la universalidad y el principio de gratuidad en la educación, y establece prohibiciones al lucro, para focalizar los recursos en la educación y sus propósitos.

a. Ajustes a los procesos de admisión

Una de las medidas que introduce el proyecto es la profundización de las regulaciones que prohíben procesos de selección discriminatorios sobre la base de características socioeconómicas, étnicas o culturales, a todos los establecimientos educacionales, reciban o no financiamiento estatal. El proyecto distingue entre selección y admisión, puesto que en el primer caso, el establecimiento plantea requisitos que deben ser cumplidos por sus postulantes y/o familias, mientras que en el caso de la admisión, el proyecto se refiere a procesos aleatorios para definir a quién se otorgan los cupos disponibles. Adicionalmente, para los establecimientos que reciben aporte estatal, se profundiza en la prohibición de selección y en garantizar el principio de no discriminación, fundamentalmente, mediante dos medidas: la extensión de la prohibición de seleccionar por rendimiento potencial o por antecedentes socioeconómicos familiares a quienes postulan a la educación media y la creación de un sistema de admisión único y centralizado.

41 Decreto con Fuerza de Ley Nº 2 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005. Publicado el 2 de julio de 2010.

El sistema de admisión propuesto antes de las indicaciones y de la discusión en la Cámara operaba centralizadamente[42], teniendo como excepciones a los establecimientos de educación artística y a los llamados "establecimientos emblemáticos", que atendidas sus características históricas, de rendimiento académico destacado en la región, podrían generar procesos de selección por pruebas, o restringidos al 20% de mayor rendimiento. Un reglamento que deberá generar el MINEDUC determinará el procedimiento para calificar dichos establecimientos.

La regulación que hace el proyecto para esta excepción queda entregada a un reglamento, definiendo vagamente qué establecimientos quedarán bajo esta denominación. En relación con el sistema de admisión, la comisión de educación de la Cámara de Diputados ha decidido reemplazar el sistema centralizado de selección, por otro de administración directa por los establecimientos[43].

El INDH comparte la necesidad de regular los procesos de admisión para eliminar prácticas o resultados discriminatorios, incluso en los establecimientos sin financiamiento estatal, respondiendo así a un principio jurídico clave en materia de derechos humanos, cual es el de no discriminación[44]. En este sentido, el rol del Estado es de garante del mismo, en tanto obligación inmediata, tanto en los establecimientos públicos como en los privados. No obstante, debe observarse que la modificación legal al artículo 13 de la Ley General de Educación, contiene una interpretación de la libertad de enseñanza, que si bien recoge algunos principios señalados en la Convención Unesco de 1960 sobre lo que se considera aplicaciones no discriminatorias en el marco de la enseñanza, requiere quórum de ley interpretativa de la Constitución para su aprobación.

42 Los apoderados postulan a sus hijos/as, ordenando los establecimientos según su preferencia. Si el establecimiento tuviera menos cupos que postulantes, se implementará un sistema de admisión aleatorio, que considera, en orden sucesivo, otras variables: calidad de estudiante prioritario, tener hermanos/as en el establecimiento o que los padres y madres trabajen en él. Solo para los establecimientos con modalidad artística se permiten pruebas especiales de admisión.

43 Indicaciones diputados UDI y diputados Amplitud; así como indicaciones sustitutivas del Ejecutivo. Boletín Nº 9366-04.

44 PIDESC, art. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2 y 7, Convención UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960, art. 1 al 4.

Adicionalmente preocupan algunas contradicciones en el proyecto, y eventuales espacios de discrecionalidad que estas pueden generar: i) la mantención, en el proyecto original, del inciso segundo del artículo 13 de la Ley General de Educación, donde se permite establecer criterios, requisitos, hacer pruebas y solicitar antecedentes y pagos por participar de los procesos de admisión, lo que podría dar pie a procesos de selección discriminatorios, cuestión recogida por la Comisión de Educación de la Cámara, ii) la definición de los establecimientos que pueden operar en régimen de excepción, por sus características históricas, definido esto mediante reglamento, y quedando abierto a posibles presiones coyunturales que deriven en procesos de selección que se quieren evitar. Esto se mantuvo después de la discusión de la comisión de educación de la Cámara, como fue presentado en el proyecto original.

En opinión del INDH, la prohibición de selección debiera incluir a los establecimientos de educación artística y a los llamados "establecimientos emblemáticos"; es decir, debiera aplicarse del mismo modo a todos los establecimientos educacionales.

Asimismo, preocupa la mantención de sistemas de selección en la enseñanza media basándose en calificaciones, pues en un contexto educacional como el de Chile en el que el logro escolar está vinculado al nivel socioeconómico (Cerón y Lara, 2010; ACE 2012; LLECE 2010) podría afectar el principio de acceso universal a la enseñanza media establecido en la Constitución chilena.

Por otra parte, preocupa al INDH que la mayoría de estas medidas recaigan en la Ley de Subvenciones y no hayan sido introducidas en la Ley General de Educación, no considerando que el principio de no discriminación arbitraria es aplicable a todo tipo de establecimiento. Se trata de una obligación inmediata de acuerdo con lo establecido en el Art. 2 del PIDESC y a la Observación General Nº 2 del Comité DESC[45] y que fija el sentido y alcance de dicho principio. En este sentido, si bien no existe una prohibición para que los establecimientos que no reciben financiamiento estatal puedan cobrar por el servicio que proveen, "los Estados deben adoptar medidas concretas que tengan en cuenta la participación del sector privado en la prestación de servicios a fin de velar por que los derechos enumerados en la Convención no se vean comprometidos. Tienen la obligación de establecer normas, con arreglo a la Convención, y de vigilar de cerca su cumplimiento, (…) deben velar por que la prestación de estos servicios no ponga en peligro el acceso de los niños a los servicios por motivos discriminatorios, especialmente en el marco del principio de protección contra la discriminación, y porque, en todas las ramas del sector de los servicios, los niños tengan acceso a un órgano de supervisión independiente, a mecanismos de denuncia y, cuando proceda, a un recurso judicial adecuado que les permita acceder a recursos efectivos en caso de vulneración de sus derechos"[46]. Estas mismas obligaciones ya habían sido establecidas por el Comité DESC[47] y, recientemente, por el Relator Especial del Derecho a la Educación[48]. El Estado ya reconoce estas obligaciones generales "de asegurar resguardar los derechos de los padres y alumnos, cualquiera sea la dependencia del establecimiento que elijan", en la LGE (Art. 4º, inciso 7).

b. Regulación de la reglamentación interna

El Proyecto de Ley contempla dos aspectos relevantes en relación con el principio de no discriminación en el ámbito educacional. En primer lugar, se extiende la prohibición de impedir la continuidad de los estudios por cambio del estado civil de los padres a los establecimientos particulares sin aporte estatal, y, por otro lado, se refuerza, en los establecimientos con aporte estatal, la exigencia de que los proyectos educativos institucionales y sus reglamentaciones internas resguarden dicho principio y, por tanto, no puedan contener normas contrarias a los derechos fundamentales.

En cuanto a la regulación de los reglamentos internos y las normas de convivencia, se prohíbe en los establecimientos con aporte estatal la discriminación ideológica,

45 Comité DESC, Observación General Nº 2, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (2009), E/C.12/GC/20; párrafo 7.

46 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, adoptada el año 2013, CRC/C/GC/16; párrafo 34.

47 Comité DESC, Observación General Nº 13, párrafo 54.

48 Kishore Singh, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Publicado el 24 de septiembre de 2014, A/69/402, párrafos 107, 108, 122 y 123.

socioeconómica, racial y cultural. Asimismo, se prohíbe la expulsión de los o las estudiantes por motivos socioeconómicos o rendimiento vinculado a necesidades educativas especiales transitorias. La expulsión[49] solo se permite si la conducta está prevista en el reglamento y afecta gravemente la convivencia escolar, debiendo implementar medidas de apoyo pedagógico o psicosocial previamente y siempre que el estudiante pueda matricularse en otro establecimiento. La redacción no es del todo consistente, en tanto, por un lado, indica que "Solo podrán aplicarse las sanciones o medidas disciplinarias contenidas en el reglamento interno, las que, en todo caso, estarán sujetas al principio de proporcionalidad, de no discriminación y a lo dispuesto en el artículo 11 del decreto con fuerza de ley Nº 2, de 2009, del Ministerio de Educación", y por el otro, señala que "No podrá decretarse la medida de expulsión o la medida de cancelación de matrícula de un o una estudiante por motivos disciplinarios, académicos, de carácter político, ideológicos o de cualquier otra índole, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos siguientes. Solo podrán aplicarse las medidas señaladas en el párrafo anterior cuando sus causales estén claramente descritas en el reglamento interno del establecimiento y que, además, afecten gravemente la convivencia escolar", ampliando las categorías prohibidas de sanción, pero sin mención a la no discriminación. Así, el tratamiento que el proyecto hace de las expulsiones, da pie para que los reglamentos internos puedan contener normas vulneratorias del principio de no discriminación o de la regulación legal. La redacción debiera ser mejorada en el debate que se dará en el Senado.

En el debate parlamentario y social se han puesto en cuestión la constitucionalidad de estas regulaciones y las de la eliminación de la selección arbitraria, por cuanto limitaría la libertad de enseñanza y pondría en riesgo el desarrollo de los proyectos educativos institucionales. Al respecto, se presentaron indicaciones al proyecto de ley que apuntan a reforzar la autonomía de los establecimientos y limitar la potestad regulatoria del Estado en dichas ofertas, las que fueron rechazadas por la Comisión de Educación de la Cámara, en armonía con los estándares internacionales sobre el rol del Estado en la garantía de los derechos y los límites a la libertad de enseñanza, también establecidos en la Constitución Política chilena[50]. Al respecto, sería deseable que el proyecto hiciera extensible el resguardo de los derechos de los y las estudiantes, atendiendo al principio de no discriminación y a la universalidad de la educación, a todo el sistema educacional, incluyendo a aquellos establecimientos que no reciben financiamiento estatal, pues los derechos de niños, niñas y adolescentes deben ser resguardados también cuando el proveedor del servicio es privado[51]. No obstante, la legislación debe respetar el desarrollo de proyectos educativos diferentes que realicen tratos diferenciados que no impliquen discriminación.

La práctica de la expulsión y la no renovación de matrícula[52], sin medidas previas que comprometan a las comunidades educativas con los procesos de aprendizaje cognitivo y social de sus estudiantes, resultan contrarias a los propósitos de la educación y a la continuidad educativa que debe asegurarse a todo niño, niña y adolescente. Por lo mismo, el INDH valora la inclusión de estos criterios, y observará con atención cómo avanza este debate y las garantías efectivas que se tomen para resguardar el derecho de todos los y las estudiantes. Sin perjuicio de lo anterior, en lo procedimental y en el control de la proporcionalidad, la regulación codifica buena parte de los principios desarrollados por la jurisprudencia judicial[53]. El INDH observa con atención esta regla del actual proyecto de ley (artículo 2º numeral 5 letra j), que no debiera ser interpretada por los establecimientos edu-

49 Entre septiembre de 2013 y marzo de 2014 se han reportado 208 denuncias por expulsiones. http://www.supereduc.cl/images/Estad%C3%ADsticas/Medidas_Disc_2012_2013_2014Mar.pdf

50 Indicaciones parlamentarios UDI. Boletín Nº 9366-04.

51 "Los Estados Partes han de adoptar las medidas necesarias para que en ninguna institución de enseñanza, pública o privada, en el ámbito de su jurisdicción, se apliquen formas de disciplina incompatibles con el Pacto". Comité DESC, Observación General Nº 13, op. cit, párr. 41. Comité de los Derechos del Niño, Op cit.

52 En el Informe Anual 2012 (p. 53), el INDH denunció el aumento y mantenimiento de las prácticas de expulsión y no renovación de matrícula con independencia de la coyuntura de las movilizaciones estudiantiles y las sanciones vinculadas a los efectos negativos de las tomas de establecimientos. La Superintendencia de Educación ha recibido 208 denuncias de expulsiones entre septiembre de 2013 y marzo de 2014, y 3338 denuncias de no renovación de matrícula en igual período.

53 Ver Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 59088-2014; Corte Suprema, Rol 3589-2012, 13 de junio de 2012; Corte Suprema, Rol 3184-2012, 15 de mayo de 2012; y Corte Suprema, Rol 870-2012, 8 de febrero de 2012.

cacionales como inhibitoria de otros procedimientos que pudieran diseñar en el marco de la expulsión de estudiantes, que dieran mayores garantías de protección a los mismos.

c. Fin del Copago. Principio de gratuidad universal

Como se ha indicado, los estándares de derechos humanos no plantean una prohibición explícita o taxativa a este modelo en particular; no obstante, en la medida en que es deber del Estado garantizar los derechos contenidos en los instrumentos internacionales ratificados, es necesario revisar las consecuencias que ha tenido la exigencia de financiamiento compartido para el ingreso y permanencia de los y las estudiantes en un determinado establecimiento de educación subvencionada. Entre ellas, la afectación del principio de gratuidad universal de la educación[54], y el de accesibilidad económica y no discriminatoria de la educación[55]. En este sentido, el nuevo sistema –tanto en su dimensión normativa como en sus resultados prácticos– debiera impedir que dichas afectaciones tengan lugar.

El proyecto de ley permite las donaciones o aportes voluntarios en la medida en que no constituyan requisitos para el ingreso o permanencia de los/as alumnos/as, y prohíbe como requisito para recibir la subvención, la exigencia de aportes o pagos de los/as apoderados/as para el ingreso o permanencia de los y las estudiantes. Estas medidas serían reforzadas por la inclusión de un reconocimiento del principio de gratuidad en la Ley General de Educación[56].

Para asegurar la continuidad del funcionamiento de los establecimientos, se establece un proceso gradual de eliminación de estos copagos, reemplazando este aporte por un aumento en la subvención, la que deberá ir sustituyendo el aporte de los padres, madres y apoderado/as, hasta que sea equiparado completamente.

Considerando los estándares internacionales en la materia así como las recomendaciones de la Relatoría Especial del Derecho a Educación, la eliminación de las barreras económicas por pagos directos e indirectos, es una medida necesaria para cumplir con el principio de gratuidad, que partiendo en la educación básica, debe extenderse progresivamente a todos los otros niveles[57].

El artículo 50 de la Ley de Subvenciones mantiene el reconocimiento del derecho del establecimiento a reclamar lo adeudado por los padres, madres y tutores/as, cuestión que debiera estar contemplada en los artículos transitorios del proyecto, para garantizar la posibilidad de reclamar de las deudas anteriores al fin del copago en el establecimiento.

d. Financiamiento del sistema. Disponibilidad y accesibilidad de la educación.

El proyecto amplía la cobertura de subvención escolar, por medio de la creación de una subvención que atiende a otros grupos de población, no cubiertos hasta ahora por estos instrumentos de financiamiento. Los llamados "alumnos preferentes", que acorde al proyecto, serán aquellos estudiantes que no han sido clasificados como prioritarios por el sistema educacional y que pertenecen al 80% más vulnerable del total nacional según el instrumento de caracterización social vigente[58]. Esta nueva subvención se otorgará por matrícula de estudiantes preferentes y estará destinada a mejorar la calidad de la educación de los establecimientos diurnos.

Por otro lado, se incluye una limitación para el financiamiento estatal de nuevos proyectos educativos en sectores donde la demanda se considera cubierta, con el fin de regular la oferta. Se establece, como condición para exigir la sub-

54 En establecimientos con financiamiento público hay 1.096.454 estudiantes sujetos a copago, mientras que 2.148.884 no deben pagar mensualidad. Estimación sobre la base de datos de establecimientos y matrícula única 2013, Centro de Estudios MINEDUC.

55 "Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos". Comité DESC, Observación General Nº 11, párrafo 7.
"En cuanto a la educación básica, la cuestión no es que se encuentre disponible sino que se encuentre disponible gratuitamente" Kishore Singh, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Publicado el 24 de septiembre de 2014, A/69/402; Párrafo 66.

56 Indicaciones diputados Jackson y Nueva Mayoría. Boletín Nº 9366-04.

57 "Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 11. Op. cit, párr. 7).

58 Sinae o IVE, o el instrumento para medir la vulnerabilidad de la población escolar que se encuentre vigente.

vención por primera vez, que exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos que ya se encuentran recibiendo subvención en el territorio.

Desde una perspectiva de derechos humanos, preocupa que esta prohibición pueda agravar el problema de la homogenización de la oferta educacional hoy existente (Villalobos, C. y Salazar, F. 2014), debido a la baja capacidad de adaptabilidad por parte de los establecimientos existentes para responder a las necesidades educativas de la población. Esto podría significar el mantenimiento de las barreras del acceso a la educación para los y las estudiantes de sectores rurales, pertenecientes a comunidades étnicas o que presentan alguna discapacidad, así como una vulneración a la libertad de elegir de los padres, madres y tutores que no cuentan con la diversidad suficiente disponible para hacer efectiva esa libre elección. Esto por cuanto la medida obstaculiza la disponibilidad de oferta educativa que recoja diversidades de necesidades e intereses de las familias, como la educación intercultural, los proyectos de integración y de educación especial[59]. Ello es contrario a las características de adaptabilidad y disponibilidad de la oferta educativa explicitada en los estándares internacionales del derecho a educación.

La medida también entra en contradicción en la educación media, puesto que en ella existe una formación diferenciada[60] (técnico-profesional, humanista-científica y artística), la que podría no ser cubierta de forma suficiente en todas las modalidades. Lamentablemente la Comisión de Educación de la Cámara rechazó las indicaciones del Ejecutivo que pretendían subsanar este efecto, proponiendo que la subvención se pudiera impetrar si no existe un proyecto educativo "similar" en el territorio.

En opinión del INDH, el sistema de financiamiento debe hacer sostenible una disponibilidad suficiente y diversa de establecimientos, que respondan a las adaptaciones que los diversos grupos de estudiantes requieren. El proyecto de reforma no logra establecer aún medidas suficientes para garantizar acceso a educación en ciertos sectores donde no hay demanda suficiente para captar subvención, por la baja concentración demográfica, o que presentan mayores dificultades para aprender en el ritmo promedio que el resto de la población. Ello resulta problemático en relación con la obligación del Estado de garantizar disponibilidad de oferta educativa en todos los sectores del país.

En este mismo sentido, el INDH estará atento al desarrollo del debate sobre los mecanismos de arriendo de los establecimientos, pues la manera en que ello se defina podría afectar la disponibilidad de la oferta educativa en el país.

e. Cumplimiento de los propósitos de la educación, fin al lucro y fortalecimiento del rol del Estado.

El proyecto introduce modificaciones, disponiendo el fin al lucro como requisito para exigir la subvención estatal. En coherencia con ello, se introducen modificaciones para asegurar que las subvenciones estén afectas al cumplimiento de los fines educativos definiendo tal categoría y prohibiendo el establecimiento de contratos con personas relacionadas (naturales y jurídicas), asemejándose a la regulación de las sociedades anónimas. Además, se fortalecen las facultades del Estado para fiscalizar el uso de estos recursos según las modificaciones introducidas en el artículo 5º de la Ley de Subvenciones. En relación con la prohibición de lucro, el INDH estima necesario que el cambio, de aprobarse, se prevea con la gradualidad necesaria como para permitir que el sistema se adapte a la nueva normativa y sus efectos prácticos, y que sea además acompañado del fortalecimiento de la educación pública. Complementariamente, el Estado deberá monitorear el proceso de cambio, para poder identificar a tiempo eventuales efectos negativos, y ofrecer los correspondientes correctivos al sistema.

Otras medidas que introduce el proyecto tienden a fortalecer las atribuciones para fiscalizar y sancionar infracciones al principio de igualdad y no discriminación, incluyendo lo que corresponde a la calidad de la educación. Se reconoce a la Superintendencia de Educación la atribución de fiscalizar a los establecimientos particulares pagados en el cumplimiento de lo que dispone la Ley General de Educación en su título preliminar sobre los objetivos, propósitos y principios

59 Ley 20.370 Ley General de Educación, Art. 23. (2009)

60 Reconocida en la propia LGE, Art. 20 y la Comité DESC, Observación General Nº 13, op. cit, párr. 12 y 15.

de la educación. Esta facultad se puede ejercer sin necesidad de denuncia o reclamo, como se exige para el resto de las fiscalizaciones a establecimientos particulares pagados, y le permite a la Superintendencia ingresar al recinto o citar a declarar a representantes administradores o dependientes. Además, se han presentado indicaciones que refuerzan la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminación a los espacios educacionales, que fueron aprobadas por la Comisión de Educación de la Cámara[61].

El INDH considera que la definición que el proyecto hace sobre la naturaleza de los sostenedores, definiéndolos como cooperadores del Estado y gestionadores en la prestación del servicio educacional[62], no reconoce adecuadamente el rol y aporte social de los sostenedores. Por lo mismo, cualquiera sea la definición que se ocupe, no debe menoscabar la libertad de enseñanza. El INDH considera importante que exista un proceso de reforma que revise y fortalezca las capacidades de actuación del Estado para garantizar el pleno ejercicio del derecho a educación, y en ese entendido, valora que se propongan facultades para fiscalizar el cumplimiento de los propósitos de la educación y de uso de los recursos públicos en la provisión de los servicios educacionales que permitan asegurar igualdad y calidad para todos y todas los/as estudiantes, independientemente de la dependencia del establecimiento en que se estudie.

En atención a que este proyecto es solo uno de los que conformará la reforma educacional, el INDH espera que el enfoque de derechos humanos sea considerado en los otros proyectos e iniciativas, de manera de dar consistencia a todo el sistema educacional, en sus distintos niveles, incorporando las observaciones que ya se han hecho al sistema respecto de la necesidad del fortalecimiento de la educación pública, los aseguramientos de la calidad educativa, sin discriminación, en el nivel parvulario y de educación superior, y a las atribuciones del Estado para operar como el garante que todo derecho necesita.

61 Reconocida en la propia LGE, Art. 20 y la Comité DESC, Observación General Nº 13, op. cit, párr. 12 y 15.

62 En la Constitución de 1925 (art. 10.7º), de manera similar a esta definición del sostenedor, se consideraba a los sostenedores privados "colaboradores" y teniendo todos –establecimientos públicos y privados– que sujetarse a la ley, y reconociéndose que "[s]ólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento".

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de Calidad de la Educación (2014). Informe Nacional Resultados Chile PISA 2012. Santiago.

Agencia de Calidad de la Educación (2013). Los aprendizajes en la escuela: ampliando la mirada sobre calidad. Resultados 2013.

Beyer, H. y S. Eyzaguirre, Puntos de Referencia 374 de junio de 2014, CEP: Santiago, Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5566_3561/pder374_HBeyer-SEyzaguirre.pdf

Carrasco, A. F. Bogolasky, C. Flores, G. Gutiérrez y E. San Martin (2014) Selección de estudiantes y desigualdad educacional en Chile: ¿qué tan coactiva es la regulación que la prohíbe? PROYECTO FONIDE Nº: 711286.

Carrasco, Contreras, Flores, Mizala, Elacqua, Valenzuela (2013) "Hacia un sistema escolar más inclusivo: Cómo reducir la segregación escolar en Chile". Informe de Políticas Públicas Nº 3. Espacio Público. Disponible en: http://www.espaciopublico.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=25 . Consultado el 3 de septiembre de 2014.

Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (2002) Estudio de Remuneraciones del Magisterio, CENDA: Santiago.

F. Cerón, M. Lara (2010). Factores asociados con el rendimiento escolar, Documento de trabajo Nº 2. SIMCE, Ministerio de Educación.

CONFEPA (31 de julio 2014) en: file:///G:/Discusi%C3%B3n%20reforma/mesa14doc01_confepa.pdf

CONFEPA (2014). Petitorio frente a la reforma educacional; Fundación Chile Avanza (2014).

Elacqua G. (2011). El Impacto de la elección de escuelas y la política pública sobre la segregación: Evidencia para Chile. Centro de Políticas Comparadas de Educación-UDP.

Informe de Políticas Públicas Nº 15. Disponible en http://www.fundacionavanzachile.cl/sites/default/files/informe_n15_v7.pdf

Fundación Avanza Chile (2014). "Reforma Educacional: El gran ausente: La calidad; El gran perdedor: La libertad; El gran peligro: El monopolio del Estado". Informe de Políticas Públicas| Nº 15.

Fundación para la Superación de la Pobreza (2013). Umbrales Sociales 2013. Santiago: FSP.

Godoy, F., Salazar, F., & Treviño, E. (2014). Prácticas de selección en el sistema escolar chileno: tipos de requisitos de postulación, legitimación en el sistema y las debilidades de la ley. Informes para la Política Educativa N° 1. Centro de Políticas Comparadas de Educación, Universidad Diego Portales. Disponible en www.cpce.cl/ipe

Mineduc, Resultados evaluación de desempeño profesional docente, resultados 2013. Disponible en: www.docentemas.cl/docs/Resultados_Evaluacion_Docente_2013.pdf

Mizala, A. & F. Torche (noviembre 2013) ¿Logra la Subvención Escolar Preferencial igualar los resultados educativos? DOCUMENTO DE REFERENCIA N° 9, Santiago: Espacio Público. Disponible en http://www.espaciopublico.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=19

OCDE (2014), "Income Inequality Update - June 2014". OECD Publishing.

OCDE (2014a), PISA 2012 Results: Creative Problem Solving: Students' Skills in Tackling Real-Life Problems (Volume V), PISA, OECD Publishing.

OCDE, Education policy outlook Chile, November 2013, OECD Publishing. Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación, LLECE (2010), Segundo Estudio Regional Comparativo y Explicativo. Factores asociados al logro cognitivo de los estudiantes de América Latina y el Caribe. Santiago: OREALC/UNESCO.

Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N° 1160, del 30 de mayo de 2014, disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.160fineducaci%C3%93nparticularsubvencionadamlacll.pdf [consultados el 5 de septiembre de 2014]

Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N° 1161, del 6 de junio de 2014, disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.161nuevofinanciamientoporalumnollml.pdf [consultados el 5 de septiembre de 2014]

Singh, Kishore (2014). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Publicado el 24 de septiembre de 2014, A/69/402.

Treviño, E. Valenzuela, J. P. y Villalobos, C., (2014). "¿Se agrupa o segrega al interior de los establecimientos escolares chilenos?".

Valenzuela, J. P., Villalobos, C. y G. Gómez (agosto 2013). Segregación y polarización en el sistema escolar chileno y recientes tendencias: ¿Qué ha sucedido con los grupos medios? DOCUMENTO DE REFERENCIA N° 3, Santiago: Espacio Público. Disponible en http://www.espaciopublico.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=9Villalobos, C. y Salazar, F. (2014). Proyectos educativos en el sistema escolar chileno: una aproximación a las libertades de enseñanza y elección. Informes para la Política Educativa N° 2. Centro de Políticas Comparadas de Educación, Universidad Diego Portales

2

DERECHO A LA SALUD Y MATERNIDAD







Fotografías: Enrique Cerda



DERECHO A LA SALUD Y MATERNIDAD

2

ANTECEDENTES

La decisión de ser o no ser madre no siempre se toma libremente y no siempre cuenta con el acuerdo y el apoyo de la pareja, la familia, de las instituciones y/o las leyes. A menudo, la voluntad de la mujer, la adolescente o la niña, no es respetada, es coaccionada, o no recibe el apoyo requerido por parte de quienes deberían entregarlo, atropellando así sus derechos a la salud sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, y a la vida privada. La situación adquiere ribetes dramáticos cuando una mujer se embaraza siendo menor de edad y de quintiles pobres. En general, constituye un problema cuando cualquier mujer enfrenta la maternidad o la imposibilidad de esta en un sentido contrario a sus posibilidades y su proyecto de vida. Las dificultades se pueden complejizar debido a los distintos principios, en ocasiones contrapuestos, que se ponen en juego ante un embarazo no deseado.

Durante 2014 se han conocido algunas situaciones que ilustran lo afirmado: las adopciones irregulares que involucran a un sacerdote imputado por el Ministerio Público, donde a lo menos en una de ellas se sustrajo a un bebé, informando de su supuesta muerte a la madre que quería retenerlo[1]; los casos conocidos por la prensa entre 2013 y 2014 sobre niñas embarazadas como producto de reiteradas violaciones en su hogar[2], las situaciones de discriminación en la atención de una madre migrante en situación irregular, o las crecientes denuncias sobre violencia obstétrica[3-4], muestran que el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva puede ser restringido para las mujeres en Chile, y en ocasiones, estar rodeado de violencia ante la cual ellas no siempre están protegidas.

El derecho a la salud de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo es vulnerado cuando se niega la orientación y los medios para el ejercicio informado y seguro de la sexualidad, para el ejercicio de la maternidad sin discriminación, y cuando se enfrentan malos tratos, abusos, o desinformación por parte de quienes están obligados a proteger y atender la salud de las mujeres y los procesos de gestación.

En el debate público nacional ha mantenido un lugar relevante la discusión sobre la regulación del aborto, habiéndose anunciado[5] desde el Poder Ejecutivo que se presentaría durante 2014 un proyecto de ley para despenalizarlo en casos de peligro de la vida de la madre, de inviabilidad fetal y de violación, iniciativa que se suma a las mociones parlamentarias sobre una de las más controvertidas materias legislativas. En este ámbito se han organizado este año manifestaciones que cuestionaron el debate sobre una

1 Ciper Chile http://ciperchile.cl/2014/08/12/congregacion-del-cura-joannon-confirma-su-participacion-en-las-adopciones-irregulares/

2 http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/02/680-563638-9-sename-asistio-a-58-menores-embarazadas-producto-de-una-violacion-entre-2012-y.shtml

3 Leiva, Gonzalo, "Violencia Obstétrica: una violencia de género invisibilizada", en El Mostrador, diciembre 2013; y Viñals, Victoria, "Violencia Obstétrica: La herida invisible del parto", en DiarioUchile, octubre 2014.

4 Estas prácticas han comenzado a penalizarse en algunos países. Un ejemplo es la ley argentina de Protección Integral para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres (Ley Nacional 26.485, 2009) que estableció la violencia obstétrica como una modalidad de violencia y la definió (Art.6,e) como "aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales".

5 Ver Cuenta pública del 21 de mayo 2014, Presidenta Michelle Bachelet.

eventual despenalización en algunas circunstancias[6], con el fin de proteger la vida del que está por nacer, así como otras en favor de la legalización del aborto.

Las diferentes posiciones de los Estados en este tema se reflejan en el mapa de las leyes sobre aborto en todo el mundo[7]: este es aceptado sin exigencia de causa en 61 países, es autorizado por razones de salud de la mujer en 59 países, y por consideraciones socioeconómicas en 13 países. Finalmente, en 66 países el aborto está permitido solamente para salvar la vida de la mujer, o totalmente prohibido. El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha ido precisando algunos ámbitos del derecho a la salud sexual y reproductiva, como el de la autonomía, abordando dos aspectos de esta que implican obligaciones para los Estados: por un lado, la protección de la mujer gestante a lo largo de todo el embarazo y después del parto; y por otro, el respeto a la autonomía de la decisión de las mujeres en cuanto a si procrear o no hacerlo, en el sentido de acceder a información y recursos suficientes para ejercer el derecho a la salud sexual y reproductiva. En cuanto al aborto, el derecho internacional no lo ha reconocido expresamente como derecho, si bien ha desarrollado orientaciones para los Estados, como se verá en este apartado.

A continuación se revisan los estándares internacionales de derechos humanos y la normativa nacional relacionada con el derecho a la salud sexual y reproductiva, atendiendo tanto a la protección que ofrecen a las mujeres en su opción por la maternidad como cuando eligen no convertirse en madres, examinando el cumplimiento por parte del Estado de Chile de sus obligaciones de respeto y protección de las mujeres en estas circunstancias. También se revisan algunas estadísticas oficiales para contribuir al diagnóstico de la situación nacional en este ámbito.

6 Por ejemplo, en el marco de la campaña nacional "Siempre por la vida 2014", la Fundación ChileSiempre organizó una manifestación el 27 de octubre en todo el país, con el fin de defender "el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural". Por otro lado, organizaciones de mujeres convocaron a marchar el 25 de julio de este año, por la legalización del aborto "libre, gratuito y seguro".

7 Las cifras corresponden a The World´s Abortion Laws 2014, Mapa mundial de legislación sobre aborto, del Center for Reproductive Rights, en: http://worldabortionlaws.com/map/ .

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Este apartado aborda en primer lugar estándares de alcance general, siguiendo a continuación con aquellos existentes en ámbitos específicos de los derechos y el ejercicio de la decisión en torno a la maternidad. En cada caso se considera, en primer lugar, aquellos derechos establecidos en los tratados o convenciones ratificadas por Chile y que por tanto son de cumplimiento obligatorio para el Estado de Chile, o en sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que ha reconocido competencia. En segundo lugar se citan las recomendaciones u observaciones que los órganos de seguimiento de los tratados y que otras instancias internacionales entregan a los Estados, así como los documentos de Conferencias, cuyo nivel de obligatoriedad es discutido. En efecto, mientras que algunos conciben dichas recomendaciones como parte del sistema de protección de los derechos humanos y por tanto con algún nivel de obligatoriedad, otros consideran que las mismas tienen solamente un carácter de orientación o información para los Estados, y por lo tanto, estos podrían decidir soberanamente si las incorporan o no, y en qué medida.

La autonomía de las personas –si bien no constituye un derecho absoluto– es uno de los principios fundantes de los derechos humanos, tanto en el sentido de respeto a la dignidad de la persona, como de protección contra las coerciones que la amenacen, así como del ejercicio de las libertades que involucra y del uso de la capacidad de decisión sobre los asuntos que conciernen a la vida propia. En este marco, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a decidir si procrear o no hacerlo: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer (CEDAW)[8] dispone que "[l]os Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (…): e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la infor-

8 Ratificada por Chile en 1989.

mación, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (art. 16.1).

Para respetar, proteger y garantizar la posibilidad de elegir sobre la maternidad, el número de hijos y su espaciamiento, los Estados deben dar resguardo efectivo a un conjunto de derechos. Entre otros, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, de la que se desprende el derecho de acceso a la información (CADH, art. 13), a la integridad física y psíquica (PIDCP, arts. 6 y 7, CADH, art. 5), a la vida privada (PIDCP, art. 17; CADH, art. 11), a la familia (PIDCP, art. 23; CADH, art. 17), a la igualdad y la no discriminación (PIDCP, art. 26; CADH, art. 24), a la vida (CADH, art. 4), a la protección a las madres antes y después del parto (PIDESC, art 10), al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (PIDESC, art. 12), entre otros, que son parte de tratados y convenciones ratificadas por Chile.

Tomando en cuenta este conjunto de derechos, los países participantes de la Conferencia de Población de El Cairo de 1994, consagraron el concepto de derechos reproductivos, que recoge lo señalado por CEDAW, afirmando que estos (párr. 7.3) "(…) se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos". La conferencia llama a los Estados a garantizar la información y la provisión de servicios e información para la planificación familiar y de atención médica a la mujer gestante, y a esforzarse por reducir la cifra de abortos, que se desaconsejan expresamente como método de planificación familiar[9], reconociendo que su estatuto legal es privativo de cada Estado (párr. 8.24).

Las decisiones reproductivas de las mujeres pueden involucrar una amplia gama de situaciones, entre otras, la decisión de embarazarse, la de postergar la maternidad, la esterilización, la fertilización asistida, el uso de métodos anticonceptivos, la adopción, o eventualmente la decisión de interrumpir un embarazo por distintas razones. No todas estas decisiones son reconocidas como derechos en el derecho de los derechos humanos. A continuación se revisan algunos tipos de decisiones relativas a la maternidad y los derechos asociados a esta, esbozando lo que establecen a su respecto los instrumentos internacionales.

INFORMACIÓN Y ACCESO A ANTICONCEPTIVOS

Todas las formulaciones sobre el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos e hijas comienzan planteando como condición básica el acceso a servicios de planificación de la familia y "el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información" (PIDESC, art. 12.1). La CEDAW precisa que el acceso a servicios de atención médica en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres comprende "(…) [l]os que se refieren a la planificación de la familia" (Art. 12.1). Así, la Recomendación General Nº 24 sobre mujer y salud, de CEDAW (1999), clarifica que el acceso y uso de anticonceptivos por parte de quienes desean limitar el número de hijos/as constituyen una indicación importante del cumplimiento por los Estados Partes "(…) [d]e sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer", llamando a los firmantes a "(…) [d]ar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual" (párr. 31). En este sentido, la Recomendación Nº 19 de CEDAW (1992) mandata a los Estados Partes a "(…) que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad (…)" (párr. 22).

El Comité de Derechos del Niño ha precisado en su Observación General Nº 4 (2003), referida a la salud y el desarrollo de los adolescentes, que:

9 Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 5 a 13 de septiembre de 1994. El párrafo 7.24 señala textualmente: "Los gobiernos deberían tomar medidas oportunas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, que en ningún caso debería promoverse como método de planificación de la familia, y proporcionar en todos los casos un trato humanitario y orientación a las mujeres que han recurrido al aborto".

"…[l]os Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores. Es fundamental encontrar los medios y métodos adecuados de facilitar información apropiada que tenga en cuenta las particularidades y los derechos específicos de las chicas y chicos adolescentes" (párr. 28).

PROTECCIÓN DE LA MUJER GESTANTE

La protección de la mujer gestante es un área de especial preocupación de los organismos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social" (PIDESC, art. 10-2). La CEDAW, por su parte, establece que los Estados "garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia" (Art. 12.2). A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño considera como parte del derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud, el deber de los Estados de "Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres" (Art. 24, d).

En el caso particular de las mujeres privadas de libertad, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4) prohíben la aplicación de la pena de muerte a mujeres embarazadas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "(…) [l]as mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos" (2000, párr. 15).

La protección a la maternidad está plasmada en varias normas internacionales que prohíben la discriminación en el ámbito laboral por causas asociadas a la maternidad: la Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer impone ciertos requisitos –como prohibición de despido, brindar licencia por maternidad con sueldo pagado, entre otros– con el fin de impedir la vulneración de los derechos laborales por razones de embarazo (Arts. 11 y 12). A su vez, diversas convenciones de la Organización Internacional del Trabajo tienen por objeto garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo, como: Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación[10]; Convenio 183 sobre la protección de la maternidad[11], y Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares[12].

FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Una dimensión del ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva que suscita cada vez mayor interés dice relación con los problemas de infertilidad. Existe una creciente demanda de apoyo de técnicas de reproducción asistida (TRA) por parte de personas que queriendo tener hijos o hijas, no pueden hacerlo por causas biológicas. El acceso a estas técnicas se está convirtiendo en un nuevo campo de regulación dentro de la salud reproductiva. Algunos países lo han incluido en su legislación, y su consideración entre los derechos humanos se ve favorecida por el reconocimiento por parte de OMS, de la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas" (ICMART/OMS 2010:7). Con ello, se impulsa a los Estados a asegurar a toda la población la provisión de servicios accesibles y adecuados, tendientes a solucionar el problema. No obstante, algunas de estas técnicas suponen la manipulación de embriones, lo

10 Ratificado por Chile en 1971.

11 No ratificado por Chile.

12 Ratificado por Chile en 1994. Las normas internacionales sobre discriminación a las mujeres en el ámbito laboral se han revisado en los capítulos sobre derechos de las mujeres, derecho al trabajo y derechos laborales de los informes anuales de INDH 2011 y 2012. El Convenio 156 de OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares se analiza en la primera parte de este informe, en la sección sobre trabajo doméstico no remunerado.

que ha sido cuestionado y ha generado oposición por parte de diferentes sectores en las sociedades.

En noviembre de 2012, la Corte IDH dio cuenta de los aspectos controversiales de estas técnicas en su sentencia en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica. La Corte estimó que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica de prohibir la fecundación *in vitro,* que obligó a interrumpir tratamientos ya iniciados, vulneraba los derechos reproductivos de las personas afectadas, así como su autonomía y libertad personal y su derecho a fundar familia. La Corte Suprema de Costa Rica había acogido un requerimiento de protección a los embriones surgidos de la fertilización *in vitro*.

COERCIÓN SOBRE LAS DECISIONES REPRODUCTIVAS

Las decisiones libres y el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva pueden ser vulnerados en casos de violencia contra las mujeres, la que es abordada especialmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[13]. La Convención explicita que la violencia contra la mujer "comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual (…) trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar".

Entre las prácticas coercitivas que vulneran la opción por la maternidad constituyen una forma de violencia contra las mujeres, el Comité CEDAW identifica "[l]a esterilización y el aborto obligatorios [los cuales] influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos"[14]. Estas prácticas también pueden vulnerar prohibiciones establecidas en la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. El Relator Especial del Comité sobre la tortura, Juan E. Méndez, en su informe sobre "(…) [c]iertas formas de abusos presentes en entornos de atención de la salud que pueden trascender el mero maltrato y equivaler a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"[15], especifica que se vulnera esta convención "cuando se esteriliza sin su consentimiento a mujeres de comunidades marginadas y de mujeres y niñas con discapacidad, "a causa de la noción discriminatoria según la cual no son "aptas" para tener hijos" (párr. 80)[16]. Méndez reitera que "[g]arantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria" (párr. 28)[17]. Coincide en esta apreciación con el Relator del derecho a la Salud (2009)[18].

En términos de garantizar la autonomía sin discriminación en la toma de decisiones sobre la descendencia, el Comité de Derechos Humanos –entidad creada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y responsable de su seguimiento– sostiene que hay vulneración de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres "cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos" (Observación Gral. Nº 28, párr. 20). Estas situaciones, de acuerdo con el comité, entraban "el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17", y pueden afectar "también otros derechos amparados en el Pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7" (derecho a la vida, prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes).

13 Ratificada por Chile en 1989.

14 Recomendación General Nº 19, 11º período de sesiones, 1992, La violencia contra la mujer, párr. 22.

15 Naciones Unidas A/HRC/22/53, Consejo de Derechos Humanos, 22º período de sesiones, 1 de febrero de 2013.

16 Entre las prácticas que vulneran la prohibición de la tortura y los malos tratos establecida en la Convención contra la Tortura, el Relator anota la exigencia de esterilización a integrantes de grupos gay y lésbicos y de personas que viven con VIH SIDA como condiciones para proveer medicamentos (párr. 71), o a personas transgénero, o para el "(…)[r]econocimiento legal de su identidad de género preferida" (párr. 78), lo que vulnera además, el derecho a acceder sin discriminaciones a la atención de la salud.

17 Los derechos de las personas en su relación con las instituciones y funcionarios de la salud fueron abordados con más detalle en el Informe INDH 2012, pp. 201-202.

18 Naciones Unidas (2009) A/64/272, párr. 18.

En esta línea, los órganos de seguimiento de tratados advierten que la violencia contra las mujeres también puede tener lugar en la atención gineco-obstétrica, afectando la dignidad y la integridad física y mental de las personas atendidas. El Informe del Relator Especial sobre la tortura sostiene que: "Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género" (2013: párr. 46). Ejemplos de esas violaciones son las distintas formas de maltrato, desinformación, aplicación de procedimientos innecesarios o no consentidos, denegación de tratamientos para el dolor, falta de confidencialidad, u otros que pueden ser catalogados como "violencia obstétrica"(ver nota 5; Belli, 2013).

INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

En este ámbito, el derecho internacional ha tendido a desarrollarse en tres líneas diferentes.

Para apoyar la opción de no tener hijos, los organismos internacionales han privilegiado como método la prevención de embarazos no deseados. Si bien la decisión de interrumpir un embarazo no se prohíbe expresamente en los tratados, tampoco ha sido reconocida como derecho en sí mismo. En el marco de intensos debates entre los representantes de los países que permiten y los que penalizan el aborto[19], y al no lograr consensos en esta materia, la Conferencia de El Cairo llegó a las siguientes formulaciones:

> "Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local, de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto, a fin de impedir la repetición de los abortos". (Programa de Acción, párr. 8.25)
>
> "Los gobiernos deberían tomar medidas oportunas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, que en ningún caso debería promoverse como método de planificación de la familia, y proporcionar en todos los casos un trathumanitario y orientación a las mujeres que han recurrido al aborto". (Programa de Acción, párr. 7.24)

En años posteriores, los órganos de tratados han formulado recomendaciones que, manteniendo la línea trazada en El Cairo, buscan respetar las divergencias y a la vez proteger a las mujeres de los efectos de la penalización absoluta.

a. Una primera línea de recomendaciones se orienta a *enmendar las normas punitivas.* El Comité CEDAW ha señalado que "(…) En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos" (Observación General N° 24, párr. 31). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos opinó que "(…) la criminalización absoluta del aborto (…) obliga a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro sus vidas y su salud" (2014, párr. 15).

   De manera más directa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo del caso Artavia Murillo (2012. párr. 228), señala: "El Comité ha establecido que la prohibición absoluta así como la penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto por CEDAW".

b. Una segunda línea de recomendaciones apunta al *establecimiento de excepciones* a la prohibición general del aborto. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda "revisar la legislación vigente sobre el aborto con miras a la despenalización en casos de violación, incesto o amenaza a la

19 En América Latina, la mayoría de los países permiten el aborto en ciertas circunstancias y condiciones. Solo Chile, El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana lo penalizan en todas las circunstancias.

salud o la vida de la madre" (2012, párr. 35d). El Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra la Mujer, en su reciente visita oficial a Chile, propuso despenalizar el aborto también "cuando la salud mental y física de la mujer está comprometida y para niñas menores de 18 años, como un tema de salud fisiológica y mental" (2014, párr. 4). En esta línea, el Comité de Derechos Humanos considera que el cumplimiento del Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –que prohíbe torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes– incluye que el Estado Parte entregue "(…)[a] la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, acceso al aborto en condiciones de seguridad" (2000, párr. 11).

c. Otra línea de recomendaciones apunta a *garantizar sin restricciones la atención sanitaria a las mujeres abortantes* que llegan a los servicios de salud. En esta línea, el Relator Especial sobre el derecho a la salud afirmó que:

> "(…) [I]ndependientemente de la condición jurídica del aborto, las mujeres tienen derecho a acceder a bienes, servicios e información relacionados con la salud sexual y reproductiva. En particular, tienen derecho a acceder a servicios de salud de calidad para tratar las complicaciones derivadas del aborto, incluidos los practicados en condiciones peligrosas y los abortos espontáneos. Esa atención debe ser incondicional, aun cuando el aborto conlleve sanciones penales, no deberá depender de la posterior cooperación de la mujer en el enjuiciamiento penal, y en ningún caso podrá utilizarse como prueba contra ella ni contra quienes hayan practicado el aborto. La legislación no debe obligar al personal sanitario a denunciar a las autoridades policiales o judiciales a las mujeres que hayan recibido atención relacionada con el aborto" (Naciones Unidas, 2011, párr. 30).

La recomendación es replicada en 2013 por el Relator Especial contra la tortura, quien opina que se vulnera la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes cuando una mujer abortante es sometida a tratos como la denegación de servicio, infracción del secreto médico, denuncia a la justicia por funcionarios de salud, entre otros (2013, párr. 43).

NORMATIVA NACIONAL

Los derechos relacionados con la salud y la autonomía de las personas en distintos ámbitos están protegidos en Chile por el Artículo 19 de la Constitución de la República, cuyo párrafo Nº 1 protege el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, agregando en el siguiente párrafo que "La ley protege la vida del que está por nacer". En el catálogo de derechos que establece el artículo 19, hay varios que resguardan la autonomía y la integridad de las personas, entre los que destacan, por sus vínculos con las decisiones reproductivas y el ejercicio de la maternidad, los referidos al respeto y protección a la vida privada (4º); a la libertad de conciencia y de religión (6º); a la libertad personal y a la seguridad individual (7º), el derecho a la salud (9º), a la educación (10º), a la libertad de trabajo y su protección (16º), a la admisión a todas las funciones y empleos públicos (17º) y a la seguridad social (18º).

Se revisarán a continuación los alcances de las normas nacionales referidas a la maternidad y a las decisiones reproductivas, en el ámbito de la salud y el trabajo, en la perspectiva de conocer en qué medida dan garantías al ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva.

PROTECCIONES A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La Ley 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (2010), recoge el derecho de toda persona "a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial" (Art. 1º). La norma establece además el derecho a elegir "(…) [l]os métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos" (Art. 2º). Garantiza asimismo el derecho de toda persona "a la confidencialidad y privacidad sobre sus opciones y conductas sexuales, así como sobre los métodos y terapias que elija para la regulación o planificación de su vida sexual"

(Art. 3º). A su vez, establece la obligación de funcionarios o facultativos del sistema público o privado de salud, de entregar el método anticonceptivo de emergencia que sea solicitado por una persona menor de 14 años, informando con posterioridad "al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale" (art. 4º). La norma cuenta con un reglamento, publicado en 2013[20] que reitera lo establecido en la ley.

Un avance significativo para el ejercicio de los derechos a la salud es la Ley 20.584 (2012) que regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud (conocida como de "derechos y deberes de los pacientes"), la que reafirma y amplía lo establecido en la ley sobre regulación de la fertilidad recién señalada. La ley 20.548 establece derechos como el de seguridad y calidad en la atención, trato digno, entrega de información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, reserva de la información de la ficha clínica, consentimiento informado a tratamientos o procedimientos médicos, entre otros.

PROTECCIONES ESPECÍFICAS A LA MATERNIDAD

La protección al embarazo y a la maternidad tiene un lugar importante en diversas normas nacionales, contando con una importante tradición en la normativa laboral de Chile. El Código del Trabajo contiene varias disposiciones orientadas a evitar la discriminación y proteger la salud de la mujer, así como facilitar el cuidado del hijo o hija por la trabajadora, los que en los últimos años ha ido incorporando la responsabilidad paterna[21].

Por su parte, el Código Sanitario establece bajo el título de "protección materno infantil"[22], que "Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado".

20 Decreto Nº 49 del Ministerio de Salud y Subsecretaría de Salud Pública, Aprueba reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad; promulgado el 7 de octubre de 2011, y publicado el 28 de mayo de 2013.

21 Ver apartado sobre trabajo doméstico no remunerado en el presente informe y el Informe Anual INDH, del año 2011, p. 145.

22 Código Sanitario, Libro I, Título I, arts. 16 al 19.

En el ámbito de la educación, la Ley 19.688 consagró en el año 2000 el derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres lactantes, de acceder a los establecimientos educacionales.

NUEVAS TECNOLOGÍAS DE FERTILIZACIÓN

Un plano de debate abierto en las últimas décadas a propósito del desarrollo de nuevas tecnologías en el ámbito de la salud es el referido a la fertilización asistida. Debido a que su desarrollo puede darles a aquellas mujeres y hombres interesados la posibilidad de tener hijos/as por medio de este mecanismo, su discusión se liga de forma inevitable con el derecho a la salud reproductiva. La materia genera controversias en la medida en que algunas de las técnicas involucran manipulación de embriones, como fue mencionado para el caso Artavia Murillo, fallado por la Corte IDH[23]. En Chile, si bien la infertilidad ha sido abordada principalmente en la atención privada, el problema ha sido recientemente recogido desde el ámbito de la salud pública. En 2013 el Ministerio de Salud emitió las "Orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad de baja complejidad", que acoge la definición de OMS de la infertilidad "como una enfermedad del sistema reproductivo que puede conllevar múltiples efectos negativos sobre la vida personal y el entorno de las personas" (p. 6). Las orientaciones se presentan como un marco regulatorio cuyo objetivo es "Establecer recomendaciones técnicas generales para el "Estudio y Tratamiento de la Pareja Infértil", orientadas a un óptimo funcionamiento de cada Nivel de Atención de la Red Asistencial, según su capacidad resolutiva" (p. 9).

La preocupación por la infertilidad se ha plasmado en algunas mociones parlamentarias, de las que hay tres en tramitación actualmente. Una de ellas propone "ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud" (Boletín Nº 6624-11). La segunda moción (Boletín Nº 6306-07) propone sancionar "la utilización del vientre materno para

23 Ver sección sobre fertilización asistida en los estándares internacionales.

el embarazo por encargo de terceros". La tercera es el proyecto de Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos (Boletín Nº 2608-11), que incluye un artículo sobre este mismo derecho.

NORMAS SOBRE EL ABORTO

En cuanto a la decisión de interrumpir un embarazo, desde 1931 hasta 1989, el ordenamiento jurídico chileno contemplaba la posibilidad de practicar lícitamente un aborto por motivos terapéuticos. El Código Sanitario establecía que "[s]ólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos" (art. 119). El artículo fue reformado en 1989 para dictaminar, en cambio, que "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto", eliminando así los "fines terapéuticos" que se reconocían en la norma anterior. Por su parte, el Código Penal sanciona al que "maliciosamente causare un aborto" (art. 342), al que "con violencia ocasionare un aborto" (art. 343), a "la mujer que cause su aborto o consintiere que otra persona se lo cause" (art. 344) y al "facultativo que abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él" (art. 345). No obstante, algunos interpretan que las normas punitivas no comprenden el aborto terapéutico directo, ya que allí no habría abuso de oficio o dolo por parte del personal de salud[24]. Los datos de la Defensoría Penal Pública dan cuenta de la magnitud relativamente reducida de los casos por aborto que llegan a la justicia penal[25].

El sustento que la Constitución entrega a esta prohibición es materia de controversias, que han girado en torno a la formulación "la ley protege la vida del que está por nacer (párrafo 1º del artículo 19, inciso segundo)" y la interpretación que de aquí se deriva sobre el derecho a la vida del no nacido y los derechos de la mujer gestante, lo que se funda a su vez en concepciones distintas sobre la equivalencia entre el estatuto jurídico de la mujer y del no nacido. Como ejemplo de posturas divergentes en esta materia, pueden citarse, por una parte, a Hernán Corral Talciani (2005:37) quien afirma que "en el sistema jurídico chileno (…) la tutela del derecho a la vida del concebido no nacido se sustenta en el reconocimiento de su personalidad en cuanto ser humano individual desde el mismo momento de la fecundación". Por otra parte, desde una perspectiva distinta, Laura Mayer Lux (2011:77) sostiene que "(…) [e]l concepto jurídico de persona alude a los seres humanos nacidos y que el artículo 19 número 1 CPR [Constitución Política de la República] establece un estatus jurídico diferenciado entre las personas y el *nasciturus*". Sobre esta base, en su opinión, "(…) [e]s posible afirmar en determinados supuestos la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del aborto consentido por la mujer embarazada…".

Las normas punitivas del aborto han sido objeto de numerosas observaciones al país por parte de los órganos de los tratados internacionales ratificados por Chile. En una de las más recientes, el Comité de Naciones Unidas para la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, reiteró en su Informe sobre Chile "su preocupación por la persistencia de la criminalización absoluta del aborto que obliga a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro sus vidas y su salud" (2014, párr. 15). Igual preocupación ha sido expresada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[26], y por varios países que entregaron recomendaciones similares (Nos. 121.135 a 121.143) en el último examen Periódico Universal (EPU, 2014) sobre el cumplimiento de los derechos humanos por Chile.

Este debate se ha plasmado en numerosos proyectos de iniciativa parlamentaria, muchos de los cuales han sido archivados, encontrándose, a octubre de 2014, trece en tramitación, de los cuales ocho van en el sentido de la despenalización del aborto. De estos, seis proponen despenalizar la interrupción del embarazo en ciertos casos y condiciones (Boletines Nº 9418-11; 9021-11; 8925-11; 8862-11; 7965-11 y 6420-11); el séptimo propone eliminar la sanción penal, reservándola solo para los casos de intervención

24 Véase, por ejemplo, el artículo de Jorge Albornoz Barrientos "Acabemos con la farsa. El aborto terapéutico en Chile está permitido", 23 de marzo de 2012, en http://www.lexweb.cl/acabemos-con-la-farsa-el-aborto-terapeutico-en-chile-esta-permitido

25 "El aborto, Visión desde la defensa", Francisca Werth Wainer, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, 9 de junio de 2014.

26 Observaciones finales. Chile, 2012, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 35 (d) y Declaración Grupo de Trabajo de la ONU sobre el tema de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica. Chile, 9 de septiembre de 2014, p. 4.

no consentida de terceros (Nº 9480-11), y el octavo la ya mencionada propuesta ley marco de derechos sexuales y reproductivos (Boletín 2608-11), que enfatiza el deber del Estado de respetar y apoyar las decisiones reproductivas de las mujeres. Los cinco restantes manifiestan con distintas iniciativas su rechazo al aborto: dos de ellos proponen el acompañamiento a la familia en caso de anomalía fetal severa (Boletines Nº 9093-11 y 7984-11), evitando el aborto. El tercero propone "erigir dos monumentos a las víctimas de aborto" (Nº 8708-04), otro busca crear "un registro especial para criaturas no nacidas"(Nº 7439-18), y el último plantea una "reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto" (Nº 4121-07).

La encuesta de opinión realizada a nivel nacional por la Corporación Humanas (2013)[27] da cuenta de la adhesión de las mujeres a la despenalización en casos que se estima justificados, como violación (80%), peligro de vida de la madre (84%) e inviabilidad fetal (80%). En la misma medición, un 29% de las mujeres se declara a favor del aborto siempre que la mujer lo decida y un porcentaje similar (28,5%) estima que el aborto no se justifica en ninguna circunstancia. Por su parte, la Encuesta ICSO-UDP 2010, realizada a hombres y mujeres a nivel nacional, entrega cifras más bajas de apoyo al aborto, que alcanzan al 53% en casos de violación y riesgo de vida, y un 44% en casos de malformación fetal (Casas y Vivaldi, 2014: 84)

El maltrato, la denegación de atención o la entrega a la justicia de las mujeres que acuden a los servicios por complicaciones de un aborto ilegal inducido constituyen problemas documentados y criticados. Estas actuaciones de las y los funcionarios de salud se fundan en las normas antes mencionadas, que en parte se contraponen a las normas de la Ley 20.584 (2012) sobre trato y confidencialidad. Además, la atención a una mujer que aborta es reglamentada de manera más específica en el instructivo de 2009[28] del Ministerio de Salud, dirigido a los Directores de los Servicios de Salud. Este establece que bajo ninguna circunstancia el personal médico o paramédico debe extraer bajo coerción información a una mujer que requiere de atención médica por complicaciones derivadas por un aborto inducido, reiterando que la atención médica debe ser incondicional, y argumentando que lo contrario vulnera el derecho a la salud y entra en conflicto con la Convención contra la Tortura. De este modo, existe una tensión entre lo que indica el Código Penal y lo expresado en la Ley de derechos y deberes del paciente, que debe ser abordada para clarificar lo que procede.

Por su parte, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile indica que "El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico. Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo" (Art. 8), agregando que "El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna" (Art. 9).

SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD EN CHILE

Chile cuenta con una larga y exitosa trayectoria de protección sanitaria del embarazo y el parto, sostenida a lo largo de varias décadas, que se ha ido reflejando en un positivo avance de indicadores de salud. Entre estos destacan la cobertura casi total de la atención profesional del parto (99,84% en 2011) y la baja tasa de mortalidad materna. Según la estimación conjunta de OMS y varios organismos internacionales (2014:31), en 2013 la tasa de mortalidad materna llegó en Chile a 22,0 por 100.000 nacidos vivos. Aunque algo mayor que la lograda en años anteriores [29], esta cifra se mantiene como una de las más bajas de América, superada solo por Canadá y Uruguay, con 11 y 14 por 100.000 respectivamente[30], pero todavía es superior a la

27 Corporación Humanas, octubre 2013. Novena Encuesta Nacional "Percepciones de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2013"

28 Ministerio de Salud, Ord. A15/1675, del 24 de abril de 2009.

29 De acuerdo con las cifras registradas por el Ministerio de Salud (DEIS) la tasa de mortalidad materna en Chile bajó hasta 16,5 por 100.000 en 2008, llegando hasta 18,5 en 2011. No es posible afirmar una tendencia al alza sin comparar las metodologías, lo que escapa a las posibilidades de este informe, pero el dato es un llamado de atención sobre las políticas de salud.

30 Trends in maternal mortality 1990 to 2013/Estimaciones de las tendencias de la mortalidad materna, 1990 a 2013, es un informe producido conjuntamente por la OMS, UNICEF, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Banco Mundial y la División de Población de las Naciones Unidas, © World Health Organization, 2014

meta de 10,0 por cada 100.000 nacidos vivos al año 2015 fijada por Chile en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio[31] (Gobierno de Chile 2010: 87).

INFORMACIÓN Y MEDIOS DE PREVENCIÓN

La capacidad para tomar decisiones libres e informadas sobre la maternidad depende de la disponibilidad concreta de educación, información y medios de prevención de embarazos, así como de los elementos necesarios para integrar armónicamente la sexualidad y la reproducción al desarrollo personal y social. La educación sexual, como se ha anotado en informes anteriores del INDH[32] y en otros estudios[33], es una materia que aún no se resuelve satisfactoriamente en el país.

En el campo de la salud, una de las metas adicionales de mejoramiento de la salud materna que se proponen los Objetivos de Desarrollo del Milenio en Chile es el aumento de cobertura de la anticoncepción en mujeres en edad fértil hasta alcanzar el 60% de las usuarias del sistema público de salud en edad fértil. Si bien no se dispone del porcentaje logrado a la fecha, el Ministerio de Salud (2013:4) informa que la cifra total de población bajo control en Regulación de Fecundidad, en el sistema público de salud pasó de 1.150.646 en 2005 a 1.339.444 en 2012. Información más reciente entregada por las dos subsecretarías de salud[34] da cuenta de que la entrega de anticonceptivos se hace por demanda espontánea y que durante 2013 se registraron 1.411.005 personas que recibieron distintos métodos anticonceptivos, incluyendo en esta cifra 10.724 hombres con preservativos.

31 Los Objetivos del Desarrollo del Milenio constituyen un acuerdo alcanzado en el año 2000 entre los países integrantes de Naciones Unidas sobre ocho objetivos fundamentales para avanzar de manera sustantiva en el desarrollo social de los países, proponiendo un conjunto de metas a lograr para el año 2015. El objetivo Nº 5 es mejorar la salud materna, e incluye dos metas: 5A, Reducir la mortalidad materna y 5B: Lograr, para 2015, el acceso universal a la salud reproductiva. Los niveles a alcanzar en estas metas son fijados por cada país. Ver en: http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/mdgoverview/

32 La integración de la sexualidad en la educación escolar fue comentado en los informes anuales del INDH de 2011 (p.64), y 2012 (p.302). El informe 2012 analiza las revisiones curriculares introducidas ese mismo año, las que se encuentran vigentes a la fecha

33 Universidad Central. UNFPA (2012) Educación Sexual en Chile. Implementación de la Ley 20.418, Boletín 4, Santiago, mayo de 2012

34 Oficio Nº 3383, octubre de 2014, Subsecretario de Salud Pública y Subsecretaria de Redes Asistenciales

Por otra parte, en la franja de población joven (15 a 29 años) la última encuesta INJUV (2013) registra un incremento paulatino del uso de métodos de prevención en la última relación sexual, que pasó del 66,1% al 87,9% entre 2000 y 2012 con poca diferencia entre hombres y mujeres (87,0 y 88,8% respectivamente).

Un tema controvertido en los años recientes ha sido la distribución de la llamada "Píldora del día después" o píldora de anticoncepción de emergencia (PAE) dispuesta por el Ministerio de Salud e incluido en la Ley 20.418 (2010). De acuerdo con un seguimiento de la distribución del fármaco en consultorios municipalizados (Dides y otras, 2013), la proporción de comunas que entrega la PAE pasó de 50,5% en 2009 a 86,3% en 2013, un aumento que se explicaría entre otros factores, por la publicación del reglamento en mayo 2013, y la distribución del mismo a todo el sistema de salud pública. Los datos disponibles confirman que las consultas y entregas de anticoncepción de emergencia han ido aumentando, como se observa en la siguiente tabla, tanto en el tramo de edad de 20 o más años, como en el de menores de 19 años.

A la cifra anterior puede agregarse que en 2013 la entrega de anticoncepción de emergencia subió a 4.125 para adolescentes de hasta 19 años y a 7.007 personas de 20 años o más, reforzando la tendencia a un mayor acceso a este método[35]. En cuanto a los embarazos de adolescentes, en promedio, en 2012, nacían diariamente 2,4 hijos o hijas de niñas de 10 a 14 años y 93,2 de adolescentes de 15 a 19[36], una cifra preocupante para los efectos sobre la salud y el desarrollo vital de las niñas. Por esta razón, otra de las metas fijadas por Chile en torno a los Objetivos de Desarrollo del Milenio es la disminución de los nacimientos de madres menores de 19 años hasta un 8,9% de los nacidos vivos, o lo que es lo mismo, una tasa de 89 por cada mil nacidos vivos. Aun cuando falta para llegar a esa meta, y teniendo en cuenta que las últimas cifras son preliminares, como se aprecia en el gráfico siguiente, la tasa de nacidos vivos de mujeres menores de 19 años ha bajado desde 2009, y MINSAL estima que seguirá cayendo.

35 Oficio Nº 3383, octubre de 2014, Subsecretario de Salud Pública y Subsecretaría de Redes Asistenciales.

36 Promedio estimado a partir de los totales de nacidos vivos por tramos de edad en el año 2012, en, Minsal (2013:10), cifras preliminares.

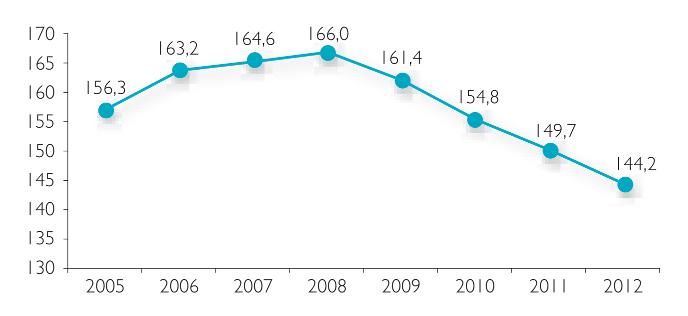
CONSULTAS DE ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA, EN EL SNSS, CHILE 2009-2012

CONSULTAS POR ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA		CON ENTREGA ANTICONCEPCIÓN EMERGENCIA		SIN ENTREGA ANTICONCEPCIÓN EMERGENCIA		CONSULTAS POR ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA (SIN ESPECIFICAR ENTREGA DE PAE)	
Año	Total	Hasta 19 años	20 y más años	Hasta 19 años	20 y más años	Hasta 19 años	20 y más años
2012	8868	3024	5199	238	407	--	--
2011	7398	2260	3949	459	730	--	--
2010	4367	1151	2062	336	818	--	--
2009	7561	--	--	--	--	2436	5125

Fuente: Ministerio de Salud (2013) Situación actual del embarazo adolescente en Chile, p. 7

En opinión de especialistas[37], la evolución favorable de este indicador se debería a una combinación de factores como el mayor conocimiento de la PAE por el público, estimulado por el debate público, las estrategias de acercamiento a los y las jóvenes por parte de la salud pública realizadas desde 2007 –entre las que se cuentan los Espacios Amigables en la Atención a Adolescentes, y la creciente disponibilidad de la PAE–. MINSAL (2014)[38], por su parte, da cuenta de la elaboración del Programa Nacional de Salud Integral de Adolescentes y Jóvenes –de entre diez y 19 años–, aprobada por la Resolución Exenta N° 466, del 20 de julio de 2012, que cuenta con un Plan de Acción Estratégico a diez años y un plan de monitoreo.

TASA DE NACIDOS VIVOS DE MUJERES ENTRE 10 Y 19 AÑOS, POR CADA 1000 NACIDOS VIVOS, CHILE 2005-2010

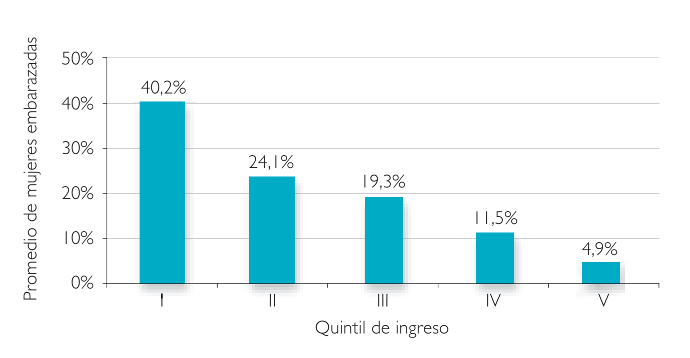


Fuente: Elaboración Depto. Ciclo Vital, a partir de datos DEIS, Minsal 2012.
Proyecciones de población 2000-2020, INE 2009.
* Cifras preliminares 2011-2012, entregadas por DEIS 2013.

Cabe advertir que aun cuando en pequeña cantidad, las tasas mostradas en el gráfico incluyen una parte de nacidos vivos de niñas de 10 a 14 años (por ej.: 4,3 por 1000 en 2009, el año más alto de la serie mostrada y 3,8 por 1000 en 2010), lo que merece una atención diferenciada de las políticas públicas, ya que los riesgos de salud y desarrollo personal y social son más graves y probablemente esconden una proporción de casos de abuso sexual.

Las cifras entregadas no son homogéneas a lo largo del país y de los estratos sociales. El factor que más incide es la desigualdad socioeconómica, que se traduce en una mayor proporción de madres adolescentes en las regiones y comunas de menores ingresos. El siguiente gráfico muestra que más del 80% de las embarazadas adolescentes se concentran en los quintiles de menores ingresos, y que en el primero hay casi diez veces más adolescentes embarazadas que en el grupo de mayores ingresos.

DISTRIBUCIÓN DE MUJERES EMBARAZADAS ENTRE 15 Y 19 AÑOS DE EDAD, SEGÚN QUINTIL DE INGRESO



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos CASEN 2011.

37 http://diario.latercera.com/2014/05/25/01/contenido/tendencias/16-165315-9-embarazo-adolescente-llega-a-su-nivel-mas-bajo-en-15-anos.shtml

38 Ministerio de Salud, Cuenta pública anexa al Mensaje presidencial del 21 de mayo) de 2014. Sección d, Salud de adolescentes y jóvenes.

Entre las iniciativas implementadas para las madres escolares se ubican las salas cunas PEC (Para que estudie contigo), de JUNJI, ubicadas cerca de colegios, que priorizan el ingreso de hijos/as madres adolescentes para permitir que ellas estudien cerca de sus hijos/as. Cuenta con 66 locales en 2013, en casi todas las regiones (JUNJI, 2013).

A pesar de los esfuerzos del Estado, persisten deficiencias en la atención a las necesidades de las jóvenes madres: las facilidades académicas que dan los recintos educacionales para continuar los estudios durante el embarazo y después del nacimiento, aun cuando obligatorias, dependen de cada establecimiento, y resultan insuficientes a juzgar por las tasas de no asistencia escolar de las madres adolescentes reportadas por INJUV (2013)[39].

APOYO MÉDICO A LA INFERTILIDAD

Entre las iniciativas novedosas dirigidas a apoyar las opciones por la maternidad y la paternidad se encuentra la mayor accesibilidad a tratamientos de baja complejidad para la infertilidad. Según el Ministerio de Salud (oficio 3383, 2014), "en nuestro país cerca de 250 mil parejas tienen problemas de infertilidad, lo que representa un 14% de las personas en edad reproductiva"[40].

Partiendo en 2011 con un plan piloto financiado por Fonasa en Valparaíso, se inició un programa en el que por "primera vez (…) el sistema de salud público financia tratamientos de baja complejidad[41], que van desde la estimulación ovárica hasta la inseminación intrauterina" (MINSAL, 2013:6). Implementar un modelo de atención a la infertilidad en la salud pública es concebido por MINSAL como un paso necesario en el desarrollo de los derechos a la salud sexual y reproductiva en Chile y adecuado a una creciente demanda de tratamientos.

Pese a su cobertura aún reducida en relación con la demanda potencial, estas medidas abren la posibilidad de tratamientos a sectores que no habían podido acceder a ellos debido al alto costo de los mismos. Más recientemente, la Superintendencia de Salud anunció que con fecha 17 de marzo de 2014 los tratamientos de fertilización de baja complejidad –uno para hombres y otro para mujeres– fueron incluidos a la Modalidad de Libre Elección de Fonasa, y que la misma cobertura de estos tratamientos sería obligatoria para las Isapres en todos sus planes[42].

Por su parte, el mensaje presidencial del 21 de mayo de 2014 anunció la ampliación con mil nuevos cupos del programa de Fertilización Asistida de Baja Complejidad. Cabe agregar que en 2012 se financiaron 409 tratamientos de baja complejidad, cifra que aumentó a 813 en 2013[43].

VIOLENCIA EN LA ATENCIÓN GINECO-OBSTÉTRICA

En términos de garantizar el trato digno a las mujeres en el ejercicio de su derecho a la salud sexual y reproductiva, existe una creciente revelación de casos registrados por la prensa de situaciones de maltrato a una parturienta, de abortos y esterilizaciones forzadas, de partos por cesárea innecesarios, o de procedimientos no consentidos, entre otras formas de maltrato que han sido denominadas como "violencia obstétrica", una terminología que aún no adquiere en Chile una categoría normativa específica, pero que representa situaciones que vulneran el deber de garantizar una atención médica adecuada a las mujeres en el proceso de gestación establecido en CEDAW y en el PIDESC, y vulneran asimismo las garantías ofrecidas en la Ley 20.584 de derechos y deberes de los pacientes, sobre respeto, trato digno y consentimiento informado, entre otros. Entre tales

39 Ver sección sobre trabajo doméstico no remunerado en este mismo informe.

40 En sus Orientaciones Técnicas para el manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad, Minsal (2013) estima que entre la población beneficiaria de Fonasa al 2010, las mujeres en edad fértil son 3.507.325, de las cuales un 10% (350.733 mujeres) presentará problemas de infertilidad al primer año de vida en pareja y un 4% (140.293 mujeres) permanecerá infértil al octavo año, "requiriendo de intervenciones terapéuticas de complejidad variable" (p. 8). A esta cifra habría que sumar los problemas masculinos de infertilidad, considerando que a nivel internacional, según el mismo documento, aproximadamente un 40 a 45% de los casos de infertilidad afecta a mujeres, un 35 a 40% a hombres y un 20 a 30% a ambos integrantes de la pareja.

41 Según Minsal (oficio 3383, 2014), desde 1992 se vienen realizando tratamientos de alta Complejidad para usuarios de Fonasa, en convenio entre la Universidad de Chile, el Servicio de Salud Metropolitano Central y el Instituto de Investigaciones Materno-Infantil, con una cobertura histórica de unas 280 parejas al año, que en 2013 subieron a 481.

42 Superintendencia de Salud obliga a las Isapres a entregar la misma cobertura de infertilidad que otorgará el Fonasa [15 de mayo de 2014] Consultado en http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-9254.html.

43 Minsal, oficio 3383, 2014.

casos se encuentra el de las cesáreas innecesarias. OMS estima que la necesidad de realizar una cesárea oscila entre el 10 y el 15%[44] de los partos, una proporción que ha tendido a subir en el mundo, siendo particularmente alta en Chile, donde ya en 2007 llegaba al 34,7% en todos los servicios de salud, alcanzando a un 39,4 en 2012[45]. A modo de comparación, el promedio entre los países de la OCDE es de 26,9% mientras los países nórdicos no sobrepasan el 16,5%[46].

Una preocupación especial del INDH ha sido el acceso a la atención en salud de las madres migrantes y sus hijos o hijas, en particular las que se encuentran en situación irregular. En su informe 2011 hacía ver que si bien las normas vigentes garantizan su atención en casos de emergencia y embarazo, independientemente de su estatus migratorio, se estimaba que muchas no llegaban por temor a los controles preparto, y que a menudo no se les aseguraba atención posparto[47]. Una declaración conjunta de las comunidades de migrantes en Chile en octubre de 2013 resaltaba que pese a los instructivos entregados por el gobierno, estos son a menudo desconocidos por los funcionarios que deberían aplicarlos en el ámbito de la salud[48]. Un dramático ejemplo de lo anterior es el caso de una madre boliviana, quien el 6 de octubre, en horas de la tarde, llevó a su hijo de 9 meses a la posta rural de Sobraya, puesto que presentaba desde la tarde del día anterior un cuadro de diarrea y vómitos. La mujer con su pequeño fueron derivados al hospital Juan Noé de la ciudad de Arica. Allí fueron recibidos por una funcionaria, quien, según el relato de la madre, habría condicionado la atención del bebé al pago de 30 mil pesos. Al no tener dinero, situación que la mujer habría verbalizado en el hospital, la madre regresó a la posta rural, sin conseguir atención médica, lo que habría provocado el desenlace fatal. El INDH ofició a los organismos correspondientes para que se investigue esta denuncia y se encuentra a la espera de las respuestas.

Otro ámbito de violencia contra la opción de ser madres es el de las esterilizaciones forzadas. El Consejo Consultivo de Género del Ministerio de Salud[49], en su Balance 2011-2013 (2013:5) hizo presente la denuncia "de esterilizaciones sin consentimiento de mujeres VIH+, quienes han demandado una reparación que aún no se concreta. Para cautelar que no sigan ocurriendo estas situaciones que implican grave vulneración de derechos humanos, se ha solicitado expresamente que el MINSAL revise la Resolución Exenta sobre Esterilización Quirúrgica Voluntaria y que actualice su contenido, abordando la situación de mujeres VIH+. Esto no ha tenido una respuesta explícita por parte de las autoridades del MINSAL". El presente informe de INDH documenta casos de esterilizaciones forzadas a mujeres con discapacidad mental[50].

EL ABORTO CLANDESTINO EN CHILE

Según MINSAL la cifra total de abortos registrados en los egresos hospitalarios en el país fue 30.860 en 2011, cifra que incluye tanto los abortos espontáneos como los inducidos, sin que sea posible estimar las proporciones de cada uno[51]. En el caso de los inducidos de manera clandestina, el registro solo puede dar cuenta de los casos en que hubo complicaciones. Debido a la ilegalidad de la acción, no hay forma de saber cuántos abortos clandestinos se han realizado sin complicaciones médicas[52]. También podría haber, en los egresos hospitalarios, un subregistro de abortos realizados de manera segura en los hospitales o centros privados, ya que por su ilegalidad tenderá a ser anotado bajo alguna de las distintas causas de egreso incluidas bajo la categoría "Embarazo, parto y puerperio", si bien es

44 La pauta del 10 al 15% de cesáreas es tomada por distintos autores de un artículo de 1985 World Health Organization. Appropriate technology for birth. The Lancet, Vol. 326, Issue 8452, Pages 436 - 437, 24 August 1985, disponible en http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(85)92750-3/fulltext

45 MINSAL, estadísticas de salud, Resumen de actividades realizadas según Servicio de Salud, SNSS. 2007- 2013, País (http://www.deis.cl/?p=27, consultado el 09-10-14)

46 Ministerio de Salud. Panorama de Salud 2013 Informe OCDE sobre Chile y comparación con países miembros. En http://web.minsal.cl/sites/default/files/INFORME%20OCDE_2013_21%2011_final.pdf

47 Véase Informe Anual de Derechos Humanos 2011.

48 Consultada el 12 de noviembre de 2014 en: en http://www.indh.cl/declaracion-de-comunidades-de-migrantes-ante-coyuntura-electoral-para-reflexionar-y-aportar-propuestas-al-debate-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-chile.

49 Órgano de participación conformado por Resolución Exenta Nº 662 del 19 de octubre de 2007, del Ministerio de Salud.

50 Ver en este informe el apartado referido a la autonomía de las personas con discapacidad mental.

51 MINSAL. Departamento de Estadísticas e Información de Salud Egresos Hospitalarios de ambos sexos, según edad y causas. Chile, 2011; Chile.

52 Las cifras anuales de abortos inducidos en Chile varían en Chile según las fuentes y las metodologías aplicadas.

difícil confirmarlo. En el 2000 los egresos hospitalarios por aborto fueron 34.479[53], cifra mayor que la de 2011, lo que no refleja necesariamente una reducción de los abortos clandestinos, aunque podría presumirse que entre estos se han reducido las complicaciones médicas.

De acuerdo con las estadísticas disponibles, la mortalidad materna es muy baja en Chile, registrándose en 2011 un total de 46 defunciones en el embarazo, parto o puerperio, de las cuales ocho se registran como aborto, sin especificar si se trata de muertes por un aborto espontáneo o inducido[54].

La reducida dimensión numérica de la muerte por aborto no exime al Estado de velar por la salud de quienes se someten a abortos inseguros. Las mujeres y adolescentes que lo practican de manera clandestina, corren riesgos importantes, no solo de muerte. La oferta de medicamentos por internet juega un papel importante, que puede ser seguro o peligroso dependiendo de la fuente que los ofrece[55].

La denuncia a la justicia de las mujeres que abortan continúa siendo una práctica en la salud pública, demostrando la tensión entre las normas punitivas y la Ley de derechos y deberes del paciente y el instructivo específico de 2009 sobre tratamiento humanizado y confidencial a las mujeres hospitalizadas por aborto. La Fiscalía[56] informa que entre 2010 y 2013 terminaron 859 causas por aborto, distribuida entre 394 que tuvieron un término judicial, 422 con término no judicial, y 43 con otro término. Como se advierte en el cuadro siguiente, los formalizados por distintos tipos de aborto son principalmente mujeres en todos los tipos de causa, pudiendo presumirse que la mayoría de los hombres imputados son médicos o facilitadores. Las sentencias definitivas condenatorias del período (el documento no consigna el sexo del condenado o condenada) fueron 93.

53 Egresos hospitalarios 2001 en http://intradeis.minsal.cl/egresos-hospitalarios/ menu_publica_nueva/

54 Fuente; Razón de Mortalidad Materna por 100.000 Nacidos vivos corregidos. Estadísticas de Natalidad y Mortalidad Chile, año 2012 Departamento de Estadísticas e Información de Salud, DEIS, Ministerio de Salud

55 Un ejemplo de información responsable y completa es el de OMS (2014): "Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, segunda edición", en http://www.who.int/reproductive-health/publications/unsafe_abortion/9789241548434/es/

56 Fiscalía Nacional, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos. *Delito de aborto desde la perspectiva de la persecución penal,* presentación ppt, agosto de 2014.

IMPUTADOS FORMALIZADOS POR DELITOS DE ABORTO, SEGÚN AÑO. NÚMERO DE PERSONAS

DELITO	SEXO	2010	2011	2012	2013	TOTAL
Aborto consentido Art. 342 N° 3 y 344	Mujer	27	40	29	20	116
Aborto consentido Art. 342 N° 3 y 344	Hombre	7	11	9	1	28
Subtotal Aborto consentido Art. 342 N° 3 y 344		**34**	**51**	**38**	**21**	**144**
Aborto sin consentimiento Art. 342 N° 2 y 344 N° 1	Mujer	1	4	3	2	10
Aborto sin consentimiento Art. 342 N° 2 y 344 N° 1	Hombre	7	4	6	1	18
Subtotal Aborto sin consentimiento Art. 342 N° 2 y 342 N° 1		**8**	**8**	**9**	**3**	**28**
Aborto cometido por facultativo Art. 345	Mujer	0	0	0	0	0
Aborto cometido por facultativo Art. 345	Hombre	0	1	0	0	1
Subtotal Aborto cometido por facultativo Art. 346		**0**	**1**	**0**	**0**	**1**
Total mujer		**28**	**44**	**32**	**22**	**126**
Total hombre		**14**	**16**	**15**	**2**	**47**
Total		**42**	**60**	**47**	**24**	**173**

Fuente: Fiscalía Nacional, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos.

En relación con el papel de los funcionarios de salud en las denuncias, el Consejo Consultivo de MINSAL hizo una demanda expresa al Ministerio para fiscalizar el cumplimiento del instructivo sobre tratamiento humanitario de las mujeres abortantes, "…ya que se constata que en diversos puntos del país el personal de salud sigue haciendo denuncias, contraviniendo el espíritu de ese documento oficial".

En suma, el aborto inducido en condiciones clandestinas e inseguras se mantiene como un problema con efectos sobre la integridad y la salud de las mujeres que recurren a este medio ante un embarazo.

BIBLIOGRAFÍA

Ministerio de Salud (2013). *Orientaciones técnicas para el manejo de las infertilidad de baja complejidad.* Santiago: Gobierno de Chile.

Belli, L. F. (2013). La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. *Revista Redbioetica UNESCO año 4, 1* (7), 25-34.

Casas, L., & Vivaldi, L. (2013). La penalización del aborto como violación a los derechos humanos de las mujeres. En UDP Centro de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013* (pp. 69-120). Santiago.

Claudia Dides, L. N. (2013). *Provisión de Anticoncepción de Emergencia en el Sistema de Salud Municipal de Chile. Estado de Situación 2013.* Santiago: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública CESOP,Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Central de Chile.

Comité de los Derechos Humanos (2000). *Observación General Nº 28 sobre el Artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones.* Naciones Unidas U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000).

DEIS Ministerio de Salud (2013). *Indicadores básicos de salud Chile, Departamento de Estadísticas e Información en Salud.* Recuperado el 10 de septiembre de 2014, de www.deis.cl: http://www.deis.cl/wp-content/uploads/2014/08/IBS-2013.pdf

Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (2014). *Anuario de Derecho Público 2013*. Santiago: UDP.

Gobierno de Chile (2010). *Objetivos de Desarrollo del Milenio, Tercer Informe del Gobierno de Chile.* Obtenido de www.cl.undp.org: http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/objetivos_milenio/undp_cl_ODM_Chile3_2010.pdf

INDH (2010). *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2010.* Santiago.

INDH (2011). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2011*. Santiago.

INJUV (2013). *7ma Encuesta Nacional de Juventud 2012.* Chile: Instituto Nacional de la Juventud, Ministerio de Desarrollo Social.

Junta Nacional de Jardines Infantiles, JUNJI (2013). *www.dipres.gob.cl.* Recuperado el 10 de octubre de 2014, de Balance de gestión integral, año 2013: http://www.dipres.gob.c/595/articles-114791_doc_pdf.pd

Mayer Lux, Laura (2011). *La vida del que está por nacer como objeto de protección legal.* Revista de Derechos Fundamentales. Universidad de Viña del Mar Nº 5, pp. 63-80

Medina, C. (2003). *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial.* Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Ministerio de Salud (2013). *Situación actual del embarazo adolescente.* Santiago.

Ministerio de Salud (2013). *Situación actual del embarazo adolescente en Chile.* Santiago de Chile.

Morán, J. M. (junio de 2013). La anticoncepción de emergencia en Chile: estructuración de su demanda en función de variables socioeconómicas. *Revista Brasileira de Estudos de População, 30* (1).

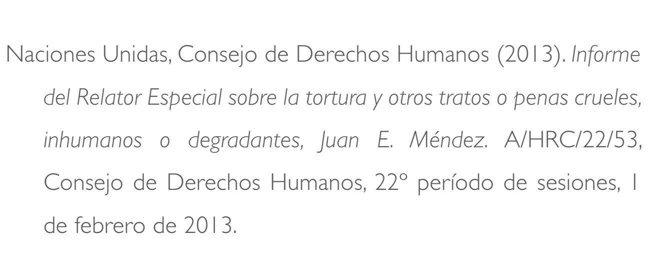
Naciones Unidas (2009). *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover.* Naciones Unidas (2009) A/64/272, párr. 18. Sexagésimo cuarto período de sesiones.

Naciones Unidas (2011). *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 3 de agosto de 2011.* A/66/254. Asamblea General de la ONU.

Naciones Unidas (2014). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile*. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos 26º período de sesiones, A/HRC/26/5, 2 de abril de 2014.

Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura (2007). *Observación general Nº 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, 39º período de sesiones.* Naciones Unidas.





Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez.* A/HRC/22/53, Consejo de Derechos Humanos, 22º período de sesiones, 1 de febrero de 2013.

OMS (2004). Estrategia de salud reproductiva para acelerar el avance hacia la consecución de los objetivos y las metas internacionales de desarrollo. Ginebra.

ONU, C. c. (2007). *Observación General Nº 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes,* 39º período de sesiones. Naciones Unidas.

ONU, Comité de Derechos del Niño (2003). *Observación General Nº 4. La Salud y el Desarrollo de los Adolescentes en el Contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño CRC/GC/2003/4.* Naciones Unidas.

Subsecretaría de Salud Pública (julio de 2013). *Situación actual del embarazo adolescente en Chile, julio 2013.* (D. d. División de Prevención y Control de Enfermedades, Ed.) Recuperado el 6 de octubre de 2014, de www.minsal.cl: http://web.minsal.cl/portal/url/item/c908a2010f2e7dafe040010164010db3.pdf

UNFPA (2013a). *Estado de la población mundial. Maternidad en la niñez.*

3

DERECHO AL TRABAJO Y TRIBUNALES LABORALES



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO AL TRABAJO Y TRIBUNALES LABORALES

3

ANTECEDENTES

Para el derecho internacional de los derechos humanos resulta fundamental no solo el reconocimiento por los Estados de los derechos humanos de los que las personas son titulares, sino también el establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos que permitan la protección efectiva de estos derechos. El INDH, en su Informe Anual 2011, recalcó este punto al señalar que "el acceso a la justicia, entendido como el derecho de toda persona a contar con recursos eficaces de justicia bajo las garantías del debido proceso, es uno de los derechos fundamentales sobre los cuales se construye una sociedad democrática. Esto principalmente porque permite la convivencia pacífica entre las personas, evitando la imposición del más fuerte y sometiendo la decisión a un tribunal, que de forma objetiva e imparcial resuelve conflictos" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 85).

A pesar de los avances de los últimos veinte años, desde una perspectiva de derechos humanos el acceso a la justicia sigue presentando desafíos en Chile. Según la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (ENDH) realizada por el INDH, el 56% de las personas encuestadas opina que el acceso a un juicio justo se protege "algo", mientras que el 29% opina que "nada" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Asimismo, un 12% de las personas encuestadas respondió que el acceso a un juicio justo había sido uno de los derechos humanos que habían sentido *pasado a llevar* en el último año. Esto no implica que no se perciba al Poder Judicial como un actor relevante en la protección judicial de los derechos humanos. Tanto es así, que en la misma ENDH un 28% de las personas encuestadas respondió que acudiría al Poder Judicial si sus derechos humanos fueran pasados a llevar, ubicándola como la segunda institución con mayor preferencia situándose bajo solamente Carabineros y Policía de Investigaciones que concentraron el 35% de las respuestas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013).

El acceso a la justicia también cumple un rol primordial en la protección de los derechos fundamentales de los y las trabajadoras. Los derechos fundamentales han pasado a ser un límite dentro de la relación laboral, lo que ha llevado a diversas modificaciones del Código del Trabajo chileno, por ejemplo, las modificaciones a su artículo 2, que establece una cláusula de igualdad y no discriminación en la relación laboral o el artículo 5 que establece como límite del empleador las garantías constitucionales de sus trabajadores. Todo lo anterior se traduce en una prohibición para el empleador de llevar a cabo actos arbitrarios que vulneren no solamente los derechos laborales de trabajadores y trabajadoras, sino también todo otro derecho humano, lo que constituye un avance en la materia.

En esta línea, la Ley 20.087 –publicada el 3 de enero de 2006– que creó el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, es un avance en materia de acceso a la justicia para trabajadores y trabajadoras. Esta ley "ha sido el comienzo de un proceso de modernización de la justicia del trabajo, marcando una nueva etapa en la resolución de los conflictos laborales" (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 5). Este procedimiento incorpora elementos para lograr una igualdad entre las partes. Como ha señalado el INDH, "las desigualdades presentes en la sociedad no deben transformarse en desigualdades en el juicio" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 85 y 86). En este sentido, en una sociedad donde el 74% de la población está totalmente de acuerdo con que si se defienden los derechos laborales se puede perder el trabajo (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013), la existencia de una instancia judicial de estas características, con un sistema probatorio diferente y

con una garantía de indemnidad para las trabajadoras y trabajadores, es un avance.

El presente apartado analiza los avances normativos del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en especial la ampliación de la legitimación activa (esto es, quienes pueden presentar la tutela) no solo a la persona afectada, sino también a sindicatos y algunos órganos de la administración del Estado; la garantía de indemnidad que protege a los trabajadores y las trabajadoras de represalias producto de la presentación de denuncias laborales administrativas o judiciales; la prueba aliviada como estándar probatorio diferente a la regla general en materia de carga de la prueba; y el rol del Poder Judicial en la reparación de la vulneración de los derechos fundamentales. Con posterioridad, se analizan datos generales sobre cuál ha sido el uso de este procedimiento desde su creación. Específicamente se analiza, desde los estándares de acceso a la justicia, el porcentaje de ingresos de tutela a la justicia laboral y las formas de término que han tenido estas acciones. Por último, se revisan algunos casos judicializados bajo este procedimiento, donde este ha significado una respuesta eficaz para la vulneración de derechos fundamentales en la relación laboral. En este sentido, cabe tener presente que tal como se verá en los casos, este procedimiento, junto con proteger algunas manifestaciones del derecho al trabajo como la libertad de trabajo y el derecho a la libre elección en materia laboral, es también una instancia donde el trabajador o trabajadora puede alegar la protección judicial de derechos civiles y políticos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO AL TRABAJO

Analizar la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales a la luz de estándares internacionales de derechos humanos implica, necesariamente, revisar en especial los estándares sobre acceso a la justicia y cómo estos se relacionan con la exigibilidad de los derechos humanos en la relación laboral. Al respecto, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su párrafo primero, establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Asimismo, el acceso a la justicia también incluye el acceso a un recurso sencillo y rápido para su protección judicial. Así, el artículo 25 de la CADH establece, en su párrafo primero, que toda persona "tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

En esta materia, la Corte IDH ha establecido que "esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática"[1]. De este modo, "el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser efectiva la violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo"[2]. Así entonces, es relevante que "toda persona que sea titular de dicho derecho [a interponer un recurso sencillo y rápido] debe tener la posibilidad real de interponerlo"[3]. La misma Corte ha reiterado que estos recursos deben ser efectivos, es decir, "deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]"[4]. Asimismo, para la Corte es preocupante que este derecho sea ilusorio, esto es, "cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrafo 82.

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutmán vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008, párrafo 100.

3 Ibídem, párrafo 106.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 191.

ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial"[5].

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece, en el artículo 2 párrafo tercero, que todo Estado debe garantizar que "(a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; (c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". Asimismo, el artículo 14 del PIDCP establece que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". Para el Comité de Derechos Humanos (el Comité) es relevante la relación del artículo 14 con los demás derechos estipulados en el PIDCP, en particular el artículo 2. Para el Comité, "el artículo 14 del Pacto desempeña con frecuencia un importante papel en la aplicación de las garantías más sustantivas del Pacto que han de tenerse en cuenta en el contexto de la determinación de las acusaciones de carácter penal contra una persona, así como de sus derechos y obligaciones de carácter civil. En términos procesales, reviste interés la relación con el derecho a un recurso efectivo reconocido en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En general, esta disposición debe respetarse en todos los casos en que se haya violado cualquiera de las garantías del artículo 14"[6].

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 137.

6 Comité de Derechos Humanos, Observación General 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, aprobada en el 90º período de sesiones, 2007, párrafo 58.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido la necesidad, en relación con la obligación de los Estados establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC, de adoptar medidas para garantizar la plena efectividad de los derechos en este reconocidos, entre ellos, el derecho al trabajo (artículo 6), a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7) y a la sindicalización y huelga (artículo 8). Esta obligación incluye "[l]a de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables"[7]. El mismo Comité, en su Observación general Nº 18 referida al derecho al trabajo, señaló que "[t]oda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional"[8].

La Comisión IDH ha establecido que la tutela judicial efectiva "exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva"[9]. Por lo mismo, es relevante que "los procedimientos judiciales destinados a proteger los derechos sociales no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos"[10]. Estos estándares son de gran importancia para la CIDH, especialmente para proteger derechos sociales en el marco de relaciones asimétricas de poder, ya que "el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales"[11].

La tutela judicial efectiva es un derecho que el Estado debe respetar y garantizar también en la relación laboral, donde "no debe permitir que los empleadores privados violen los

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, párrafo 5.

8 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 18, El derecho al trabajo, 2005, párrafo 48.

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, 2007, párrafo 27.

10 Ibídem.

11 Ibídem, párrafo 236.

derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales"[12]. Asimismo, la Corte IDH remarcó que "en las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades"[13]. En este sentido, la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos laborales "se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores"[14-15].

NORMATIVA NACIONAL

El artículo 6 de la Constitución Política de la República (CPR), en su inciso segundo, establece que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [del Estado] como a toda persona, institución o grupo". Este artículo es de relevancia en materia de tutela de derechos fundamentales, ya que el procedimiento es un mecanismo por medio del cual personas particulares (trabajadores y trabajadoras) pueden exigir determinados derechos constitucionales –que constituyen preceptos de la CPR tal como refiere el artículo 6– respecto de otra persona particular (empleador). En otras palabras, es un ejemplo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El artículo 19 Nº 3 de la CPR asegura también a todas las personas "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". Asimismo, establece que "nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se halle establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho". Finalmente, agrega que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Finalmente, la CPR en su artículo 20 establece el recurso de protección, el cual integra entre los derechos protegidos el artículo 19 Nº 16 del mismo texto, solo en lo referente a libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y contratación y otras materias tratadas en el inciso cuarto del numeral, como que solo podrán prohibirse trabajos que se opongan a la moral, seguridad o salubridad públicas o la prohibición de exigir alguna afiliación a alguna organización para desarrollar una determinada actividad laboral. Justamente, sobre este recurso, el INDH señaló en su Informe Anual 2011 que se ha criticado que "excluya de su tutela a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El catálogo de derechos constitucionales en el artículo 19 reconoce restringidamente estos derechos y, posteriormente, el artículo 20 protege solo algunos aspectos de los mismos. Al respecto se requiere un catálogo de derechos constitucionales que contemple estos derechos, como asimismo, la existencia de un recurso efectivo para su exigibilidad en los términos del artículo 25 de la CADH" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 94).

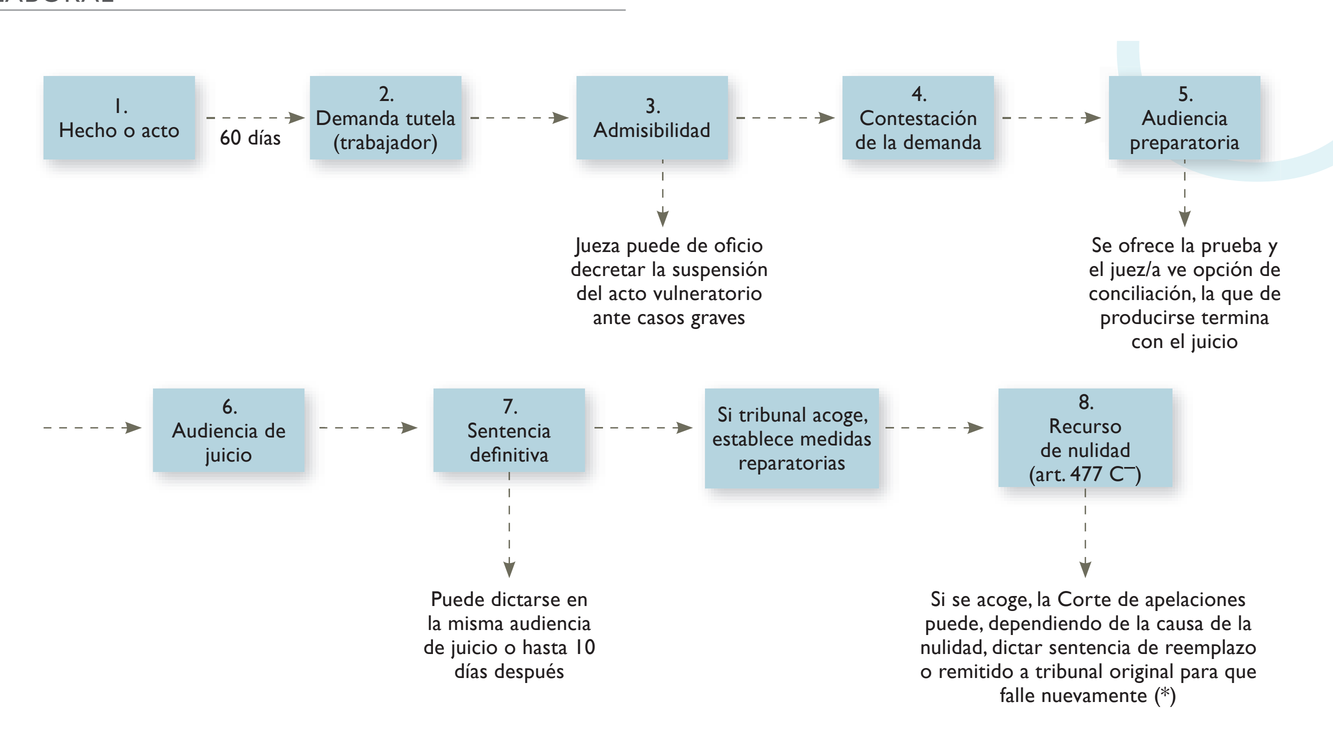
12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párrafo 148.

13 Ibídem, párrafo 151.

14 Ibídem, párrafo 149.

15 Asimismo, el INDH valora que el Estado de Chile haya ratificado, en abril de 2011, el Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

CUADRO 1.
ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL[16]



Fuente: elaboración propia

En la práctica, diferentes especialistas consideran que este recurso no ha sido eficaz en materia laboral[17]. Para Álvaro Flores, juez del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, "la jurisprudencia que del mundo del trabajo se había logrado en sede de protección, la más eficaz era la de los empleadores, logrando fallos que restringieran las potestades de la Dirección del Trabajo"[18]. Asimismo, para César Toledo, profesor de Derecho Laboral, "el recurso de protección más bien se caracterizó por servir para limitar ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores"[19].

A nivel legal se encuentra la regulación específica para la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. La Ley 20.087, que reformó el Código del Trabajo (CT) en el 2006, incorporó en el artículo 485 y siguientes el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. El artículo 485 establece su ámbito de aplicación, especificando que se aplicará "respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores". No obstante lo anterior, el artículo restringe la aplicación del procedimiento

16 Los artículos 485 y siguientes del CT más que establecer un procedimiento especial, en realidad sujeta la tramitación de la tutela a las normas del procedimiento de aplicación general (artículo 446 y siguientes CT), agregando determinadas normas procesales especiales como la de la prueba aliviada.

17 Para efectos del presente apartado se realizaron 4 entrevistas a especialistas en materia de procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Del Poder Judicial se entrevistó a Álvaro Flores, juez del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y Vicepresidente del Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa De la Cerda, y a Paola Díaz, jueza del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Del mundo académico se entrevistó a César Toledo, abogado, Máster de Empleo, Relaciones Laborales y Dialogo Social en Europa, Universidad Castilla-La Mancha Albacete-España, profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Universidad Central, y a José Luis Ugarte, abogado, Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España y profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Diego Portales.

18 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

19 Entrevista a César Toledo, profesor de Derecho Laboral, Universidad Central y Universidad Diego Portales, realizada el 9 de septiembre de 2014.

al siguiente listado de derechos: derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona cuando sea consecuencia directa de actos en la relación laboral, el respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, la libertad de trabajo y el derecho a la libre elección en materia laboral.

Junto a lo anterior, el artículo también agrega que el procedimiento es aplicable a actos discriminatorios según la definición del artículo 2 del CT[20], el cual define actos de discriminación como aquellas "distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opinión pública, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". El mismo artículo 2 establece que las relaciones laborales "deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona".

Desde los estándares internacionales de derechos humanos, y en especial en materia de igualdad y no discriminación, la definición del artículo 2 sobre actos de discriminación presenta dos falencias en su concepción. En primer lugar, define como "actos de discriminación" solo a aquellos que tienen por objeto un fin discriminatorio, es decir, integra un elemento subjetivo de intencionalidad discriminatoria, lo cual es más restringido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde las definiciones de diversos tratados se refieren a actos que, ya sea por objeto o resultado, discriminen. Todo acto basado en un criterio que no diga relación con la idoneidad laboral (como son los denominados "criterios sospechosos") y que, por objeto o resultado, implique una discriminación, es contrario al derecho internacional de los derechos humanos. Justamente, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General Nº 18 sobre no discriminación estableció que "el término 'discriminación', tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"[21]. En la práctica esto es relevante, ya que en la relación laboral existe un conjunto de prácticas no establecidas a priori con la intención de discriminar, pero que tienen un resultado discriminador y debieran ser igualmente sancionadas y reparadas.

Una segunda falencia es la redacción cerrada sobre los criterios sospechosos por los cuales se prohíbe la discriminación, lo cual puede provocar un escenario judicial donde discriminaciones en la relación laboral motivadas en factores distintos de los ahí mencionados –como la orientación sexual o la identidad de género, que sí están reconocidos en normas legales como la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación– queden sin protección judicial. La Corte IDH ha sido clara en que el listado de criterios sospechosos por los cuales se prohíbe discriminar no es taxativo, sino que enunciativo en razón que los tratados internacionales prohíben, en general, la discriminación por cualquier otra condición social. Así, "los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. La redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido

20 Todo el contenido del artículo 2 queda sujeto al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, salvo su inciso sexto que establece que "Por lo anterior [las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación] y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por el empleador, directamente o a través de un tercero y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto [raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social]".

21 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18: No Discriminación, aprobada en el 37º período de sesiones, 1989, párrafo 7. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 1, define discriminación ya sea por objeto o resultado. En el mismo sentido, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.

explícitamente indicadas"[22]. En todo caso, y considerando la obligación internacional de los Estados de adecuar su legislación interna a los tratados internacionales que ha ratificado y se encuentran vigentes, los criterios sospechosos del artículo 2 del CT debieran ser entendidos de manera enunciativa[23].

El procedimiento de tutela incluye también los actos de discriminación señalados en el inciso séptimo del artículo 2, el que establece que "ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicados por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno".

El inciso tercero del artículo 485 establece que los derechos protegidos por este procedimiento resultarán lesionados cuando el empleador limite su pleno ejercicio ya sea sin justificación alguna, de forma arbitraria o desproporcionada, sin respeto al contenido esencial del derecho o por represalias ejercidas producto de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo (DT) o por la presentación de alguna acción judicial. Este último punto –en cuanto a las represalias– es lo que se ha denominado garantía de indemnidad y constituye un avance en materia de protección laboral para trabajadores y trabajadoras[24].

En cuanto a la legitimación activa, esto es, quienes son las personas que pueden presentar una demanda de tutela ante tribunales, la ley es amplia al establecer que puede ser el mismo trabajador o trabajadora o cualquier organización sindical, invocando un derecho o interés legítimo. El artículo 489 del CT restringe la legitimación activa solamente al trabajador o trabajadora si la supuesta afectación del derecho fundamental es producto del despido. Al no eximir la Ley 20.087 expresamente de la representación judicial, la demanda de tutela debe ser presentada por un/a abogado/a[25]. En la práctica, el artículo 489 crea dos dimensiones del procedimiento: una durante la vigencia de la relación laboral (con una legitimación activa amplia) y otra con ocasión del despido (con una legitimación activa reducida exclusivamente a la persona despedida)[26].

Del mismo modo, si la Inspección del Trabajo toma conocimiento de alguna vulneración de derechos fundamentales en el ejercicio de sus competencias, debe denunciar los hechos al tribunal competente. La ley es clara al establecer que la Inspección "deberá denunciar", lo que implica una obligación absoluta, no pudiendo estar sometida a la voluntad de la entidad si denuncia o no. Según información de la DT, entre enero y julio de 2014 se han presentado 113 denuncias por tutela de derechos fundamentales, lo que es menor proporcionalmente al 2013, donde en el mismo período la DT había presentado 142 denuncias. De las 113 presentadas, 71 de ellas son por materias relacionadas con sindicalismo, negociación colectiva o huelga, 39 son por afectación a la vida, integridad psíquica y física y a la honra y vida privada del trabajador/a y las tres restantes son por otros derechos o afectación de derechos fundamentales del artículo 19 de la CPR en conjunto con materias sindicales[27].

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 85.

23 Un caso donde el tribunal laboral aplica este razonamiento es analizado en este capítulo, en el acápite de casos judicializados.

24 Solo a modo de ejemplo de la importancia de la garantía de indemnidad, de las 15 causas presentadas entre enero y julio de 2014 por la Oficina de Defensa Laboral en la Región Metropolitana, 10 son afectación de la garantía de indemnidad, es decir, personas despedidas por haber acudido a la Inspección del Trabajo o a tribunales denunciando afectación de sus condiciones laborales.

25 El artículo 1 de la ley 18.120 que establece normas sobre comparecencia en juicio. señala que "la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión". En el mismo sentido, el artículo 434 del Código del Trabajo. La manera en que el Estado provee asistencia jurídica gratuita en esta materia es por medio de las Oficinas de Defensa Laboral (ODL), dependientes orgánicamente de la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ). La CAJ se estructura en cuatro oficinas regionales: Tarapacá (Con ODL en Arica, Iquique, Antofagasta y Calama); Valparaíso (con ODL en Chañaral, Vallenar, Ovalle, Valparaíso, San Antonio, Quillota y San Felipe); Metropolitana (con ODL en Santiago, San Miguel, Puente Alto, San Bernardo y Talagante); y Biobío (con ODL en Chillán, Los Ángeles, Concepción, Temuco, Angol, Puerto Montt, Osorno, Castro, Valdivia, Coyhaique y Aysén). En la Región de Magallanes y la Antártica chilena hay oficinas en Punta Arenas, Puerto Natales y Porvenir. Ver www.cajta.cl, www.cajval.cl, www.cajmetro.cl y www.cajbiobio.cl.

26 Esta distinción es relevante para efectos del presente capítulo, ya que las conclusiones en algunos aspectos, como por ejemplo las formas de término, varían si fue una tutela durante la relación laboral o a propósito del despido.

27 Dirección del Trabajo, Oficio Nº 3798, de 6 de octubre de 2014, en respuesta al INDH. El análisis es proporcional, ya que se sumaron el total de demandas presentadas entre enero y julio de ambos años (2013 y 2014) para que las cifras fueran comparables.

Asimismo, mientras en las regiones Metropolitana, Biobío y Tarapacá fue donde más denuncias se presentaron entre enero y julio de 2014 (24, 12 y 11 respectivamente), fue en las regiones de Arica y Parinacota (ninguna demanda), Aysén (1 demanda) y Tarapacá y La Araucanía (2 demandas en cada una), donde menos tutelas de derechos fundamentales se presentaron[28].

El rol de la DT ha sido objeto de críticas. Para el juez Álvaro Flores "hay una inhibición de los órganos del ejecutivo en la presentación de tutela. [P]uedo decirlo con todas sus palabras, mi hipótesis es que aplica un principio de oportunidad impropio, decide qué judicializa, pero no tiene potestad discrecional para decidir"[29]. Por su parte, para José Luis Ugarte, "ya está en la cultura, en la inercia de la Dirección del Trabajo, que solo se judicializan casos ganables"[30].

Por último, en materia de legitimación activa, se debe destacar que la Corte Suprema, en una sentencia de abril de 2014, resolvió que la tutela laboral es aplicable a las relaciones laborales en que el Estado es empleador, aunque estas estén regidas por el Estatuto Administrativo y no por el Código del Trabajo. Para la Corte Suprema "el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado"[31]. Agregó la Corte que "atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretenden proteger, los que […] deben considerarse 'inviolables en cualquier circunstancia', no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos"[32].

28 Dirección del Trabajo, Oficio Nº 3798, de 6 de octubre de 2014, en respuesta al INDH.

29 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

30 Entrevista a José Luis Ugarte, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, realizada el 1 de septiembre de 2014.

31 Corte Suprema, recurso de unificación de jurisprudencia, Rol 10.972-2013, sentencia del 30 de abril de 2014, considerando 13. Es relevante asimismo que la decisión de la Corte haya sido a propósito de un recurso de unificación de jurisprudencia, ya que mediante este recurso la Corte, ante interpretaciones contradictorias, resuelve estableciendo cuál es la interpretación adecuada conforme a derecho (ver cuadro 1).

32 Corte Suprema, recurso de unificación de jurisprudencia, Rol 10.972-2013, sentencia del 30 de abril de 2014, considerando 16.

En materia probatoria, el procedimiento presenta una regulación distinta a la norma general del derecho procesal chileno donde la carga de la prueba recae totalmente en quien demanda. El artículo 493 señala que "cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". De este modo, se configura una "prueba aliviada" o "rebaja de prueba" consistente en que si quien demanda presenta indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, quien ha sido demandado debe explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se ha descartado que esto sea una inversión en la carga de la prueba, sino que "hay una alteración del objeto de la prueba, [e]n que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos la existencia de 'indicios suficientes' de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y solo en ese caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables" (Ugarte, 2007, pág. 64). De esta manera, el procedimiento busca garantizar la igualdad de armas procesales entre las dos partes del juicio, lo que constituye un avance y se ajusta a los criterios propios del derecho del trabajo.

Acorde a las entrevistas realizadas por el INDH, se puede observar que hay una falencia en cuanto a cuál es el estándar de prueba para satisfacer los "indicios suficientes". Para el juez Flores, "el déficit más fuerte es el manejar de manera menos cautelosa la prueba por indicio. Como los jueces venimos formados de una lógica de exigir prueba fuerte para establecer hechos en el proceso, la prueba indiciaria es una rebaja de la carga probatoria. De lo que me ha tocado ver y analizar en cursos es que hay suficientes indicios pero los jueces hacen un salto de razonamiento a decir que no son suficientes, y ahí la técnica esté siendo entre comillas traicionada o no asumida bien"[33]. Paola Díaz, jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, no cree que haya un estándar de prueba en esta materia. Díaz opina que "la

33 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

evolución jurisprudencial cuesta mucho y no la vamos a tener hasta varios años más porque uno no conoce mucho los fallos de sus colegas en general"[34]. Agrega que "he visto sentencias que dicen que no hay indicios suficientes y eso está mal porque uno tiene que hacerse cargo de los indicios y analizar la justificación y si no te quedas con los indicios. [N]o me sorprendería ver un fallo que no tomara en cuenta la prueba indiciaria, creo que he visto varios, y desde ese punto de vista creo que es falta de formación [de los jueces y juezas]"[35].

Finalmente, el artículo 495 establece que, en caso de verificarse la vulneración, el juez o la jueza debe ordenar el cese del actuar vulneratorio de derechos fundamentales, las medidas reparatorias a ser ejecutadas por la parte condenada (incluyendo una indemnización monetaria) y las multas si corresponden. Este artículo sitúa al juez o jueza en una situación activa, ya que debe evaluar, acorde a las características del caso, diversas medidas de reparación del derecho fundamental lesionado. Esto, según la jueza Díaz, plantea nuevos desafíos principalmente en la Región Metropolitana, ya que "tenemos la cobranza y ejecución separada de lo declarativo. Este tribunal llega solo hasta el fallo, después se va a un tribunal distinto que es de ejecución. [M]uchas veces, sobre todo en los casos de tutela, falta sintonía entre los dos tribunales porque al juez que le llegó está acostumbrado a ejecutar obligaciones de dar, de pagar sumas de dinero. [C]uando son cosas de tutela se pone más exquisito: declaración, disculpas públicas, capacitaciones, para ellos les estorba este tipo de sentencias y no saben mucho que hacer y tampoco el código es claro, no te da muchas herramientas como para enfrentar ese tipo de sentencias y darles eficacia"[36-37].

34 Entrevista a Paola Díaz, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 5 de septiembre de 2014.

35 Ibídem.

36 Ibídem.

37 El Código Civil distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Las obligaciones de dar están definidas en el artículo 1548 del código como aquellas que contienen "la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega". La entrega de la cosa, en materia de justicia laboral, consiste principalmente en entregar la suma de dinero a quien el tribunal determinó que se le pagara.

Si bien los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional no son estudiados en este apartado, se debe considerar que acorde a la información del Ministerio de Justicia, estos tribunales concentran la mayoría de los ingresos de causas en materia laboral. En 2012, de las 300.897 causas que ingresaron a la justicia laboral, 255.297 de ellas (84,8%) ingresaron específicamente a los tribunales de Cobranza Laboral y Previsional. Dentro de estas últimas, la Región Metropolitana concentra la mayoría de los ingresos con 129.393 causas, correspondiente al 50,7% (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 9 y 10).

EL USO DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

TOTAL ANUAL DE TUTELAS

Tras seis años desde la entrada en vigencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales[38], es relevante conocer las cifras generales sobre la aplicabilidad de este para analizar cuál ha sido el acceso a la justicia para trabajadores y trabajadoras en el resguardo de sus derechos[39]. Según el Ministerio de Justicia, en el año 2012 ingresaron 300.897 causas en materia laboral[40]. La mayoría de esos ingresos corresponden a cobranza laboral y previsional (84,8%), mientras que 15,2% de ellas –correspondientes a 45.600 ingresos– son causas laborales[41] propiamente tal (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 9). De estas últimas, el procedimiento de

38 Si bien la ley se publicó en enero de 2006, el artículo 1 transitorio de la misma fijó un período de vacancia legal gradual para su vigencia, comenzando a regir en las primeras regiones en marzo de 2008 y concluyendo su inicio en octubre de 2009 en la totalidad del país.

39 El procedimiento de tutela de derechos fundamentales es uno de los distintos procedimientos existentes en materia de justicia laboral. Los otros procedimientos son: Cobranza laboral y previsional, de aplicación general, monitorio y reclamo.

40 En la página *web* del Ministerio de Justicia están disponibles los Anuarios Estadísticos hasta el año 2012. El INDH, mediante oficio Nº 238 de 31 de julio de 2014, solicitó al Ministerio de Justicia el Anuario Estadístico de Justicia Laboral correspondiente al año 2013, pero mediante oficio Nº 7552, de 8 de septiembre de 2014, dicho Ministerio respondió que el Anuario estaba aún en proceso de elaboración.

41 Por causas laborales se entiende el procedimiento de aplicación general, monitorio, reclamo y el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

aplicación general y monitorio[42] concentran la mayoría de los ingresos (48,4% y 39% respectivamente). Por su parte, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales concentró el 7,1% de las causas laborales ingresadas el 2012, esto es, 3.237 ingresos (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 10). Esta cifra implica un aumento respecto del año 2011, donde el total de ingresos de causas por procedimiento de tutela fue de un 6,9% correspondiente a 2.855 ingresos (Ministerio de Justicia, 2013, pág. 10).

En el 2012, el porcentaje de ingresos por las Oficinas de Defensa Laboral (ODL) son menores al promedio antes señalado. De las 24.540 acciones de tutela presentadas por las ODL en el país, el 0,9% de ellas, es decir, 220 acciones, fueron en materia de tutela de derechos fundamentales (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 82 y ss). Es en las regiones de Arica y Parinacota, Antofagasta y Coquimbo donde menos acciones de tutela se presentaron en el mismo período (0, 0,5 y 0,3% respectivamente) (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 82 y ss), mientras que en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, Biobío y Tarapacá fue donde más acciones se presentaron (1,8, 1,7 y 1,3% respectivamente) (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 86 y ss).

Sobre estas cifras, los especialistas entrevistados por el INDH mostraron cautela. Por una parte, tanto los profesores José Luis Ugarte y César Toledo como la jueza Paola Díaz, fueron de la opinión de que no necesariamente el 7,1% de ingresos de tutela implica una cifra baja. Para Toledo "más que la cantidad me importa el tema de la calidad de esas tutelas, porque la tutela tiene una particularidad porque puede llegar a tener un efecto multiplicador la sentencia a través de las medidas reparatorias. Puedes tener un solo caso y que te genera un cambio conductual, [es decir,] una empresa que te diga que desde ahora en adelante cambia la cultura"[43]. Ugarte señaló que no tiene "un juicio especialmente negativo de esto. [E]l punto es que mientras no se mejoren los actores sindicales esa cifra va a estar en ese nivel", agregando que "cuando me refiero a sindicalización, me refiero no solo al número de sindicatos, sino al revés, a la fortaleza de los sindicatos. [T]enemos mucho sindicato y mucho sindicato débil"[44]. Sobre este punto, el INDH planteó en su Informe Anual 2011 que "la experiencia muestra que lo más efectivo en términos de prevenir y resolver conflictos y discrepancias así como de garantizar los derechos laborales, es fomentar los sindicatos entregándoles fuertes herramientas de negociación, constituyéndose estos en el primer fiscalizador del respeto a los derechos laborales" (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 147). Al respecto, el Programa de Gobierno de la Presidenta plantea "fortalecer sindicatos y realizar un conjunto de modificaciones a la negociación colectiva" (Gobierno de Chile, pág. 92), las que según la Ministra Javiera Blanco, serían presentadas al Congreso antes de fin de año.

Por otra parte, es relevante distinguir entre la acción de tutela presentada durante la relación laboral y la acción de tutela presentada por motivo del despido del trabajador o trabajadora. Si bien en el Anuario de Justicia Laboral que elabora el Ministerio de Justicia no registra información sobre cuántas de las acciones de tutela corresponden a cada una, las personas entrevistadas coincidieron en que la mayoría de las acciones son presentadas por razón del despido. En este sentido, Díaz señaló que "hay que partir de la base que nosotros somos prácticamente tribunales de despido. No vemos muchas situaciones que ocurran durante la vigencia de la relación laboral. [V]emos cuando la relación laboral ya está muerta y eso es un problema que también quizás le podríamos atribuir a la falta de conciencia de los trabajadores o la falta de fuerza de los sindicatos, porque el trabajador no se siente empoderado de poder iniciar una acción con su relación laboral vigente, se siente muy atemorizado"[45], agregando que durante la relación laboral la sentencia presenta ciertas ventajas "porque ahí tú evitas que siga pasando con los restantes trabajadores o con la misma persona, pero aquí [en el caso de tutela por despido] como la relación ya está extinta lo que quiere el trabajador rápidamente es su

42 El procedimiento de aplicación general es aquel pertinente de utilizar en todas aquellas materias laborales que no estén destinadas a ser tratadas en procedimientos específicos. El procedimiento monitorio, por su parte, se aplica para las contiendas cuya cuantía sea igual o superior a diez ingresos mínimos mensuales (artículo 496 del CT).

43 Entrevista a César Toledo, profesor de Derecho Laboral, Universidad Central y Universidad Diego Portales, realizada el 09 de septiembre de 2014.

44 Entrevista a José Luis Ugarte, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, entrevista realizada el 1 de septiembre de 2014.

45 Entrevista a Paola Díaz, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 5 de septiembre de 2014.

dinero y dar vuelta la página"[46]. Para el juez Flores, la cifra total de tutelas "no va a subir más porque el pan de cada día es el despido común y corriente. En rigor no debiese extrañarse mucho, porque [al igual que el recurso de] protección, debiera siempre conceptualizarse como un recurso extraordinario. Todo podría tener un olfatillo a tutela, pero necesariamente debe haber vulneración de un derecho"[47]. A modo de ejemplo, y sin constituir una muestra representativa, de las 15 causas por tutela de derechos fundamentales presentadas por la ODL en la Región Metropolitana, entre enero y julio de 2014, ninguna de ellas correspondía a una tutela durante la relación laboral[48]. Al respecto Toledo señaló que "el trabajador no te va a demandar durante la relación laboral, eso es extrañísimo, probablemente va a ser el anticipo de tu despido"[49].

FORMAS DE TÉRMINO DE LA TUTELA

Esta concentración de las tutelas a causa del despido del trabajador o trabajadora es lo que explicaría también las formas de término del procedimiento de tutela. En el 2012, 49,3% de las acciones de tutela presentadas en tribunales terminaron mediante conciliación, mientras que un 26,2% por medio de una sentencia (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 14).

Uno de los incentivos para poner término mediante la conciliación, es evitar quedar en el registro de empresas que no pueden participar de los procesos de compra pública. La Ley 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en su artículo 4, excluye de los procesos de compra pública ("Chile compra") y, por tanto, de contratar con la administración del Estado, a quienes "al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años". No obstante, esta sanción solo es útil respecto de las empresas a las que les interesa contratar con el Estado. Para Ugarte, "muchas empresas prefieren las conciliaciones para evitar la sanción que, a esta altura se ha mostrado como la más eficaz de todas, de salir del registro de las empresas con contratos con el Estado. [L]os sindicatos logran a través de esa vía indirecta posiciones de poder que no tienen por sí mismos y las empresas están dispuestas a negociar cosas que no estarían dispuestas para evitar salir del registro"[50]. La conciliación en estos casos evita que la empresa quede inhabilitada, ya que si bien el CT le da al acta de conciliación los efectos de una sentencia ejecutoriada[51], no constituye una sentencia propiamente tal donde el juez o la jueza decida el conflicto de fondo (la vulneración de derechos fundamentales), sino que es un acta donde las partes del juicio de tutela (empleador y trabajador) llegan a un acuerdo indemnizatorio monetario, la forma de pago de ese monto y la causal legal sobre la cual ponen término a la relación laboral. Ejemplo de lo anterior son las 15 causas judiciales por tutela presentadas por la ODL en la Región Metropolitana entre enero y julio de 2014. En 14 de ellas el término del proceso fue una conciliación entre las partes donde la parte demandada (empleador) expresamente no reconoce "ninguno de los hechos expuestos en la denuncia" y ofrece un monto de dinero "con el solo efecto de poner término al juicio"[52]. De estas 14, en un acta el tribunal hace referencia a la posible violación de derechos fundamentales,

46 Entrevista a Paola Díaz, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 5 de septiembre de 2014.

47 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

48 Oficina de Defensa Laboral, Memo Nº 0845-2014, dirigido a la Corporación de Asistencia Judicial, a propósito del oficio Nº 243 enviado por el INDH a la CAJ solicitando información respecto de tutelas de derechos fundamentales. Las causas son: del 1er Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (T-54-2014, T-168-2014 y T-267-2014), del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (T-8-2014, T-23-2014, T-24-2014, T-121-2014, T-122-2014, T-177-2014 y T-262-2014), Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo (T-16-2014, T-25-2014 y T-30-2014), 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Talagante (T-5-2014) y Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto (T-12.2014). Información enviada por correo electrónico al INDH el 29 de agosto de 2014.

49 Entrevista a César Toledo, profesor de Derecho Laboral, Universidad Central y Universidad Diego Portales, realizada el 9 de septiembre de 2014.

50 Entrevista a José Luis Ugarte, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, realizada el 1 de septiembre de 2014.

51 Señala el CT en su artículo 453 Nº 2, inciso segundo: "Producida la conciliación, sea esta total o parcial, deberá dejarse constancia de ella en el acta respectiva, la que suscribirán el juez y las partes, estimándose lo conciliado como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales".

52 Ver pie de página 48. Todas las causas ahí mencionadas terminan mediante esta fórmula, a excepción de la causa T-16-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo que concluyó mediante sentencia.

descartándola[53]. En regiones, las formas de término de las causas de tutela presentadas por las respectivas ODL muestran, en general, la misma suerte procesal, concluyendo en vía conciliatoria[54].

Desde una perspectiva de derechos humanos, el porcentaje mayoritario de términos mediante conciliación debe ser analizado. Si bien se entiende la utilidad de la conciliación como instancia que permite una economía procesal o que beneficia a la empresa para no estar inhabilitada de celebrar contratos con el Estado, preocupa al INDH la posibilidad de que la vía conciliatoria pudiera ser utilizada como una manera de evitar responsabilidades en el respeto a los derechos fundamentales de trabajadores y trabajadoras. Los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos, es decir, investigar las denuncias, sancionar en caso de corroborarse y reparar a la víctima de la vulneración. Consecuentemente, una conciliación en la cual la parte demandada –en este caso el empleador– no reconoce ningún hecho de los que configurarían la violación de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora, y por tanto no se determina su responsabilidad en dicha violación, podría no ser un instrumento efectivo por medio del cual el Estado sanciona la vulneración del derecho ni tampoco es capaz de reparar íntegramente a la persona afectada. En este sentido, la admisión de compensaciones pecuniarias puramente particulares o las medidas de reparación que no remedian los contextos generales vulneratorios de derechos, puede conllevar incumplimiento del deber de garantizar derechos.

53 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Talagante, Rol T-5-2014. En el acta el tribunal señala que "en atención que de la relación efectuada de la demanda no se aprecian en forma manifiesta una vulneración de derechos constitucionales, es que se tiene por aprobado el presente avenimiento".

54 A agosto de 2014, en la Región de Valparaíso, las causas de tutela presentadas por las ODL presentaban un 65% de término por conciliación. En Rancagua, el 86% había terminado por esta vía, mientras que en la Región del Maule, era el 63,3%. En la Región de Magallanes, en el mismo período, el 40% concluyó conciliatoriamente. Si bien en la ciudad de Temuco el 100% de las causas ha terminado por conciliación y en la Región de Los Ríos el 92,6%, la información proporcionada por el Ministerio de Justicia señala que dichos porcentajes corresponden al 2014, pero no especifica el período exacto (qué tramo de meses). Ministerio de Justicia, Oficio Nº 8176, de 26 de septiembre de 2014.

CASOS JUDICIALIZADOS EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunos casos decididos por Juzgados de Letras del Trabajo desde la entrada en vigencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales son interesantes de ser analizados. La elección de estos casos corresponde a diversos factores, entre ellos, los que han tenido un impacto público en la sociedad, sentencias que analizan la vulneración de derechos civiles y políticos al interior de la relación laboral y casos que han sido destacados por las personas especialistas entrevistadas, entre ellas jueces de la República[55]. A nivel general cabe destacar que son sentencias a propósito de tutelas presentadas durante la relación laboral y por motivo del despido del trabajador o trabajadora. Asimismo, hay casos presentados de manera individual por el trabajador o trabajadora, como también casos presentados por la Dirección del Trabajo u organizaciones sindicales.

a. Caso "pañales"

El sindicato de trabajadores de la empresa Express Santiago Uno S.A. presentó en abril de 2010 una tutela de derechos fundamentales en contra de dicha empresa por un conjunto de prácticas del empleador que, a juicio del sindicato, atentaban contra la dignidad en el trabajo y afectaban la integridad física y psíquica de las personas. Por ello solicitó el cese de las prácticas denunciadas, establecer medidas de reparación así como las indemnizaciones que correspondiesen. Entre las prácticas denunciadas por el sindicato se alegaba una campaña del terror por parte de los jefes de paradero que obligaban a los choferes a trabajar más de 7,5 horas diarias bajo amenaza de despido y presiones por medio de la radio del bus para que se apuraran bajo amenaza de amonestación. Alegaban también maltrato verbal, ausencia de horario de colación y ser obligados a manejar largos trayectos usando pañales para que orinaran en ellos. La empresa negó en su oportunidad todas estas acusaciones.

55 Por ser la primera vez que se analiza este tema en un Informe Anual, los hechos que originan los casos no corresponden necesariamente al período de análisis del presente Informe Anual. Asimismo, el análisis corresponde solo a sentencias de primera instancia.

El 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago llegó a la convicción de que orinar en los buses, en botellas *ad hoc* y el uso de pañales para adultos eran conductas probadas en el caso. Sobre la misma concluyó que "no se requiere demostración médica para concluir la forma cómo la realidad descrita es capaz de lacerar la integridad psíquica individual afectando a un colectivo laboral objeto de una organización de trabajo que no hace miramientos a su condición de personas y subordina las exigencias del servicio a criterios de eficiencia, olvidando que el trabajo humano no es una mercancía y que la persona no puede ser tratada como tal y avasallarse su dignidad, poniéndosela en condiciones tales en que carece de la libertad mínima para hacer en condiciones de privacidad sus necesidades fisiológicas, por una parte y privársele del reposo indispensable para recuperar las fuerzas invertidas en el trabajo"[56]. Asimismo, para el tribunal, esta situación "no encuentra justificación alguna, desde que no puede invocarse ninguna razón productiva o de eficiencia económica que sacrifique derechos esenciales que el orden constitucional ha salvaguardado y reconocido con máxima jerarquía"[57].

El tribunal condenó a la empresa por haber vulnerado la dignidad, libertad e integridad psíquica de los socios del sindicato de trabajadores, ordenando el cese inmediato en la conducta lesiva y la modificación a los reglamentos internos de la empresa en esta materia.

b. Discriminación por religión

Conociendo de una denuncia por discriminación por motivos religiosos, el juez resolvió que los hostigamientos, desigualdad en el goce de descansos, insultos –tanto por una supervisora como por compañeros de trabajo– sufridos por una trabajadora de religión musulmana, y el menosprecio de sus reclamos ante las jefaturas, constituían discriminación.

El 1er Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago resolvió condenar a la empresa por violación de la protección de la dignidad de la trabajadora, "fundado en la no diferenciación arbitraria e injusta de aquel en el trato al interior de la empresa, teniendo derecho a un tratamiento igual de sus compañeros, que se encuentren en similares condiciones, no pudiendo ser un eje de distinción negativa el credo que profesa aquel, como ha ocurrido en el caso"[58]. Para el tribunal, los insultos y hostigamientos "produjeron en la trabajadora un menoscabo a su integridad psíquica y el respeto y protección a la honra consagrados en el artículo 19 Nº 1 y 4 [de la CPR], lo primero por cuanto sufrió una depresión mayor y vio disminuir paulatinamente sus competencias en el trabajo y lo segundo al tratársele inadecuadamente y ser objeto de burlas por sus jefes y comentarios de sus pares, solo por el hecho de profesar una religión poco común"[59].

Al constituir un caso de tutela durante la relación laboral, el tribunal decretó un conjunto de medidas reparatorias que deben ser destacadas positivamente, con el objeto de que no siguieran los malos tratos hacia la trabajadora, y con el propósito de evitar que ningún trabajador o trabajadora volviera a pasar por algo similar. El tribunal ordenó que la trabajadora de religión musulmana fuera asignada a otra jefatura, que quienes cumplían roles de jefatura y hostigaron a la trabajadora no volvieran a asumir dichas posiciones dentro de la empresa y que fueran trasladados a una unidad distinta de aquella donde se desempeñaba la trabajadora discriminada. Más importante aún, el tribunal ordenó una capacitación no inferior a seis horas cronológicas para todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa para desarrollar competencias referidas a un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados en la empresa.

c. Discriminación por discapacidad

Los hechos del caso son de diciembre de 2010, cuando una mujer trabajadora de la empresa ISS Servicios Generales es asignada para labores de aseo en la Red Televisiva Megavisión S.A. Al llegar a su primer día de trabajo, la supervisora de la empresa ve que usa muletas y le dice que por la naturaleza de las funciones en el canal, donde debía subir y bajar pisos, no podía desempeñarse allí, pese a que la trabajadora explicó que las muletas eran para trasladarse, pero que no las necesitaba para el trabajo por lo que no era un obstáculo. La trabajadora volvió a la oficina de reclutamiento de

56 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-86-2010, 18 de agosto de 2010, considerando 11.

57 Ibídem, considerando 12.

58 1er Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-38-2010, 26 de abril de 2010, considerando 17.

59 Ibídem, considerando 18.

ISS Servicios Generales, donde según relata, fue tratada de mentirosa por no informarles que vivía con una discapacidad y que le pidieron copia del contrato. La empresa por su parte alegó que no podía haber un acto de discriminación, ya que el artículo 2 del CT no integra la discapacidad como un criterio sospechoso de discriminación.

Para el tribunal, en su sentencia de mayo de 2011, la empresa ISS Servicios Generales "obró sobre un prejuicio, que dice relación con concluir que la actora [empleada] no podía cumplir ninguna función para la que fue contratada por la circunstancia de contar con un par de muletas de apoyo"[60]. En cuanto a si la discapacidad es un criterio sospechoso en materia de no discriminación, el tribunal razonó que "si bien el artículo 2 del Código del Trabajo señala de modo enunciativo algunos motivos de discriminación, donde expresamente no se enumera la discapacidad, la referencia en opinión de esta sentenciadora no es taxativa ya que la discriminación se especifica como toda infracción del principio general de igualdad"[61]. Esta interpretación está en armonía con lo ya establecido por la Corte IDH en el caso Atala Riffo e hijas, donde señaló que los criterios sospechosos no son limitativos ni taxativos. Asimismo, el tribunal concluyó que "el resultado de la decisión de la demandada principal [ISS Servicios Generales] de no permitirle a la actora ejecutar el contrato de trabajo porque la misma se presentó a las labores con muletas –dada su discapacidad que es un hecho no controvertido– tuvo como resultado la afectación de la igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad"[62]. Aquí el tribunal nuevamente razona a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, ya que concluye que la discriminación es un resultado y no necesariamente el objeto buscado de la medida. Esto es importante, ya que, como se mencionó anteriormente, el artículo 2 del CT solo hace referencia al objeto de la medida discriminatoria, lo que es un concepto más restringido acorde al derecho internacional de los derechos humanos.

60 1[er] Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-63-2011, 23 de mayo de 2011, considerando 23.

61 Ibídem.

62 Ibídem.

d. Afectación de la libertad de expresión

La denuncia de tutela de derechos fundamentales presentada en febrero de 2012 se originó en este caso en contra de la empresa Conservas y Congelados de Puerto Montt S.A. En ella un grupo de trabajadoras que trabajaban como operarias habían comunicado al supervisor el estado de descomposición de determinadas materias primas que eran limpiadas y procesadas. Al no recibir una respuesta satisfactoria por parte de la supervisión, las operarias decidieron denunciar esta situación a los medios de comunicación, por lo que enviaron una grabación realizada con un teléfono móvil a la Red Televisiva Megavisión, la que emitió en su noticiero el video junto con declaraciones de las operarias, cuyas caras fueron tapadas para resguardar su seguridad. No obstante lo anterior, fueron reconocidas por la empresa y se les pidió que firmaran una carta desmintiendo lo señalado en el noticiero. Dos días después, una de las operarias fue despedida en virtud del artículo 160 N° 1 literales a y d del CT (falta de probidad del trabajador e injurias proferidas por el trabajador al empleador) y artículo 160 N° 7 del mismo código (incumplimiento grave de las obligaciones del contrato laboral).

El Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt estableció que la empresa había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la operaria. Para el tribunal "la actora ejerció su derecho a la libertad de expresión en forma legítima"[63] y "el despido de la actora se vislumbra como un acto de represalia por haber ejercido en forma legítima su derecho a la libertad de expresión"[64]. De este modo, "se tiene por establecido que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce en su calidad de empleadora, limitó el pleno ejercicio por parte de la demandante de su derecho a la libertad de expresión, sin justificación suficiente"[65].

Los efectos de esta sentencia son positivos para trabajadores y trabajadoras, ya que garantiza el ejercicio de un derecho civil y político clave en democracia. El trabajador o trabajadora, pese a sostener una relación laboral, no deja

63 Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, Rol T-5-2012, 9 de julio de 2012, considerando 15.

64 Ibídem, considerando 20.

65 Ibídem, considerando 19.

de ser sujeto de derechos fundamentales que deben ser garantizados en dicha relación.

Considerando todo lo señalado en el presente apartado, el INDH estima que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales es, en términos generales, un avance en el acceso a la justicia para trabajadores y trabajadoras en materia de vulneración de sus derechos fundamentales en la relación laboral. No obstante lo anterior, quedan desafíos en la materia que están ligados a cambios de políticas públicas y de prácticas administrativas y judiciales, más que a modificaciones normativas. En este sentido, un rol activo de la Inspección del Trabajo o de la Oficina de Defensa Laboral y la eliminación de obstáculos para el funcionamiento de los sindicatos[66] permitiría un mayor acceso a la justicia en casos que ocurran durante la relación laboral, donde el tribunal tiene mayores herramientas para no solo solucionar el caso concreto, sino que para establecer medidas reparatorias que beneficien a todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, preocupa que la conciliación, como forma de término de procedimientos en donde está en juego la vulneración de derechos fundamentales, pueda ser utilizada para que empleadores eviten responsabilidades judiciales en materia laboral.

66 El INDH ha analizado las dificultades existentes para el funcionamiento de los sindicatos en sus Informes Anuales 2011 y 2012.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos.* Washington, DC.

Gobierno de Chile (s.f.). *Programa de Gobierno 2014-2018.*

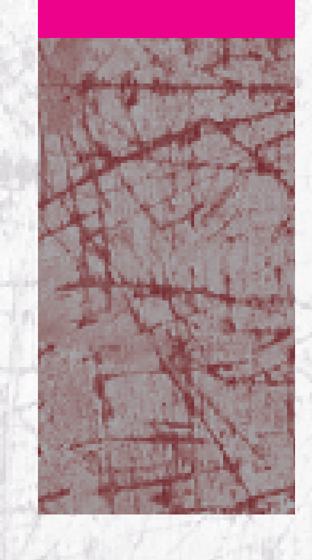
Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011.* Situación de los derechos humanos en Chile. Santiago.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (diciembre de 2013). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos.* Obtenido de www.indh.cl

Ministerio de Justicia (2013). *Anuario Estadístico Justicia Laboral 2011.* Santiago.

Ministerio de Justicia (2014). *Anuario Estadístico Justicia Laboral 2012.* Santiago.

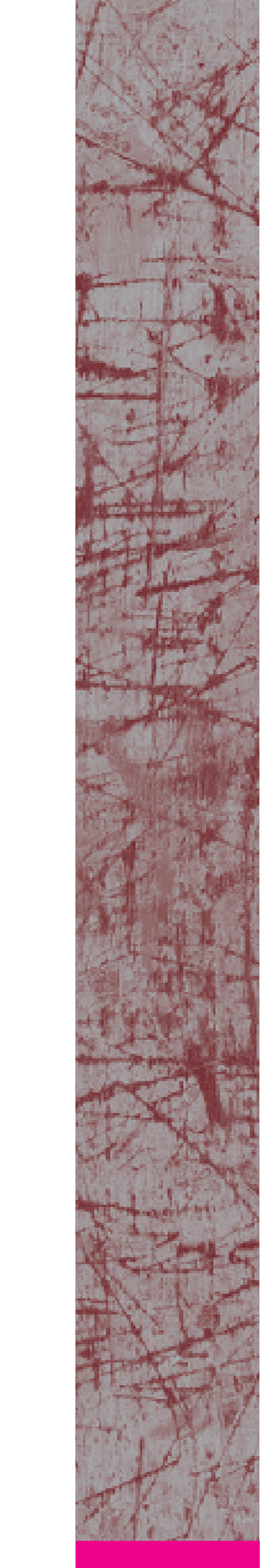
Ugarte, J. L. (diciembre de 2007). La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. *Revista de Derecho, XX*(2), 49-67.



Territorios **y derechos humanos**

5

1. Derechos de los pueblos indígenas: territorios y consulta previa
2. Derecho a un medioambiente libre de contaminación: zonas de sacrificio e institucionalidad ambiental

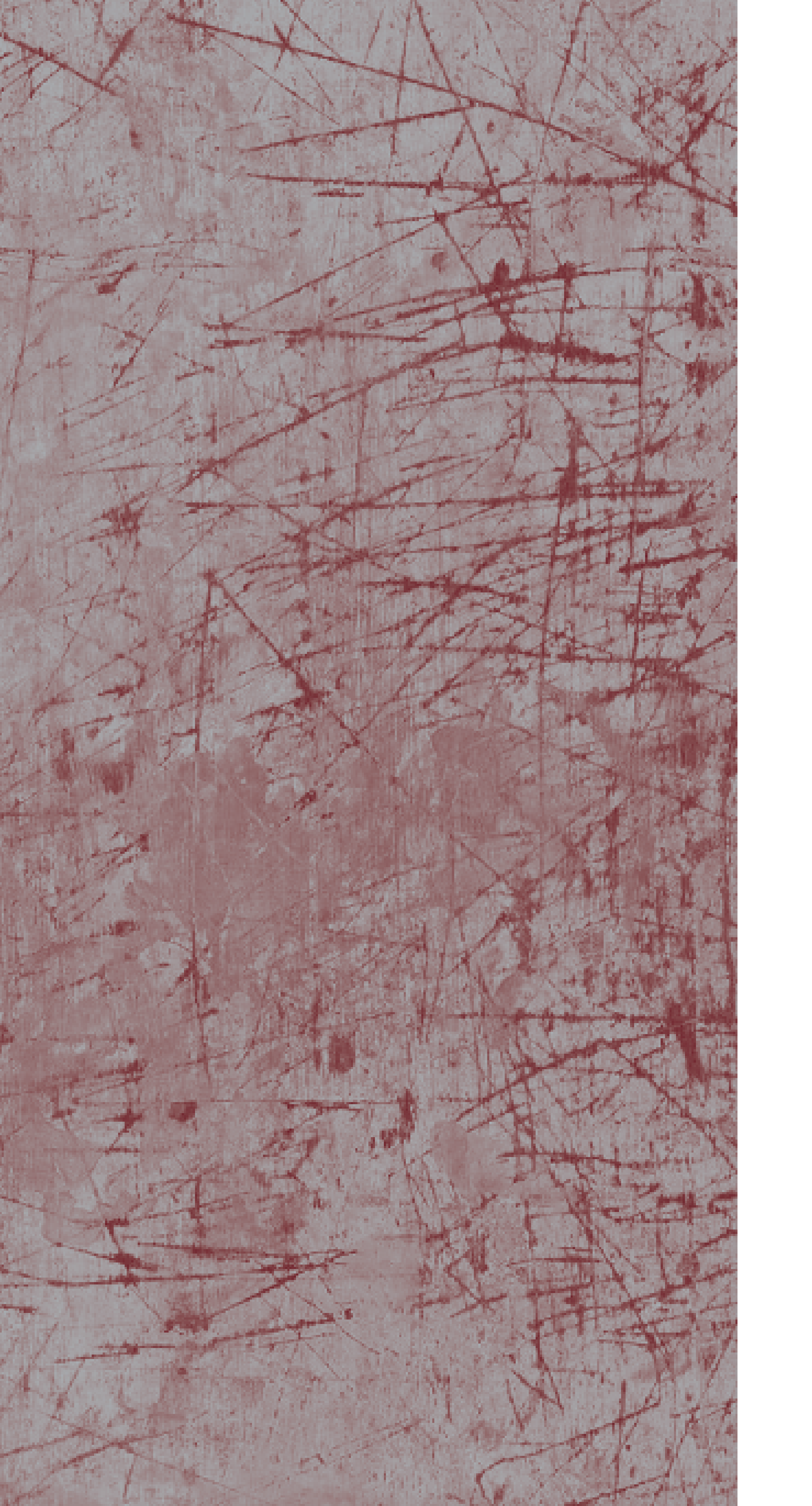


1

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TERRITORIOS Y CONSULTA PREVIA



Fotografía: Federico Aguirre



1 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TERRITORIOS Y CONSULTA PREVIA

ANTECEDENTES

En el transcurso del año, nuevamente han ocurrido hechos de violencia en el sur del país incluyendo afectaciones a la propiedad pública y privada[1], en el contexto del conflicto intercultural entre el Estado e integrantes del pueblo mapuche. Tanto las recientes muertes violentas de José Quintriqueo Huaiquimil[2], y de Víctor Manuel Mendoza Collío[3], ambos comuneros mapuche, así como las graves lesiones provocadas a funcionarios de la policía uniformada, uno de los cuales corre el riesgo de perder la visión de uno de sus ojos como consecuencia de perdigones[4], renuevan de manera urgente la necesidad de abordar las respuestas a un conflicto que recrudece y que no encuentra vías de solución.

Esta es una realidad que ha sido constatada desde diversas instancias internacionales de derechos humanos, las que desde la especificidad de sus atribuciones han llamado reiteradamente al Estado a encarar esta situación y buscar alternativas concertadas con los pueblos indígenas que permitan superar el actual momento. En el período que cubre este informe, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[5]; el Comité de Derechos Humanos[6]; el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo[7], la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR–[8]; el Examen Periódico Universal[9]; en el campo del Sistema de Naciones Unidas, y la Corte IDH[10] en el ámbito del Sistema Interamericano, han destacado que la situación de violencia que se experimenta particularmente en el sur del país, tiene antecedentes en una compleja relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile, uno de cuyos fundamentos es la persistencia de demandas insatisfechas o inadecuadamente abordadas desde el Estado. Para mayor abundamiento, en

1 Ejemplo de ello es la quema de seis camiones y de un cargador frontal la madrugada del 11 de enero de 2014, en el sector Los Notros a la altura del kilómetro 7 de la Ruta S40, en el tramo que une Carahue y Nueva Imperial, en la zona costera de La Araucanía (Radio Biobío, 2014). Otro hecho fue el incendio que afectó la madrugada del 12 de agosto de 2014 a un predio del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA) en Carillanca, en el sector rural ubicado entre Cajón y Vilcún, en la región de La Araucanía (La Segunda, 2014).

2 Deceso ocurrido al interior del fundo Nilpe en circunstancias que un grupo de 20 comuneros mapuche aproximadamente, que reivindican la propiedad del fundo, procedieron a ocuparlo. Uno de los trabajadores del predio atropelló a uno de los manifestantes identificado como José Mauricio Quintriqueo Huaiquimil (32 años) con un tractor, provocándole la muerte (La Tercera, 2014).

3 Víctor Mendoza Collío, lonko de la comunidad Manuel Pillan de Ercilla, falleció el 29 de octubre de 2014 como consecuencia del disparo realizado en su domicilio por desconocidos. La víctima era primo de Jaime Mendoza Collío quien falleció como consecuencia de disparos de carabineros hace cinco años (Radio Universidad de Chile, 2014).

4 Hechos ocurridos el día 4 de octubre de 2014 en el kilómetro 30 de la Ruta P-70 que une Cañete con Tirúa, por el que la Intendencia Regional del Biobío interpuso en el Juzgado de Garantía de Cañete una querella por los delitos de: desordenes públicos, maltrato de obra a personal de carabineros en ejercicio de sus funciones; porte ilegal de armas de fuego, daños y atentado a la Ley Nº 12. 927 sobre seguridad interior del Estado, con fecha 7 de octubre de 2014. Dicha querella da cuenta de lesiones de diversa consideración de siete funcionarios, el más grave de los cuales, de iniciales LJL presentaba perdigones en cara, cuello, tórax, extremidades superiores y hueco ocular izquierdo. Juzgado de Garantía de Cañete. RUC Nº 1410032373-8 RIT Nº 1269-2014.

5 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013).

6 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile 111º período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014.

7 Ben Emmerson. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/25/59/Add.2. 14 de abril de 2014.

8 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III(1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

9 Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. A/HRC/26/5. 2 de abril de 2014.

10 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y Otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párr. 182.

mayo, la Corte IDH dio a conocer la sentencia en el llamado Caso Lonkos en que el Estado fue condenado[11].

Las respuestas del Estado en estas materias han sido insatisfactorias, no solo para los integrantes de los pueblos indígenas, sino también para empresarios, agricultores (pequeños y medianos), y otros actores no indígenas, quienes con impotencia y desazón viven la experiencia cotidiana de una convivencia interétnica deteriorada.

Especial preocupación para el INDH ha sido la situación de vulneración de los derechos de niños y niñas indígenas, quienes en sus comunidades han debido enfrentar las consecuencias de este conflicto. En 2014, el INDH ha interpuesto cuatro acciones de amparo a favor de niños y niñas por el uso desproporcionado de la fuerza pública, incluidos casos de niños y niñas heridos con perdigones. Tres de estas acciones de amparo han sido acogidas y se suman a otros siete fallos favorables recaídos en recursos interpuestos por la Defensoría Penal Pública y el INDH desde diciembre de 2011[12].

El INDH constata con preocupación que, a pesar de los reiterados emplazamientos efectuados por los tribunales superiores de justicia en orden a que la policía adecúe sus procedimientos, y de los propios esfuerzos institucionales por actualizar y corregir sus protocolos de intervención, los que fueron puestos a disposición pública en agosto de 2014, persisten prácticas vinculadas al uso desproporcionado de la fuerza que tienen graves secuelas en la integridad física y psíquica de niños y niñas indígenas.

El llamado a iniciar un diálogo con miras a construir un nuevo tipo de relaciones con los pueblos indígenas, en particular con el pueblo mapuche, ha sido transversal y expresa un consenso que debe ser relevado. Lo señaló en marzo de este año, al momento de asumir su cargo, el Intendente Regional, Sr. Francisco Huenchumilla, quien junto con pedir perdón a nombre del Estado por el despojo del que fue objeto el pueblo mapuche, solicitó imprimir un cambio de rumbo que asuma la deuda histórica con ese pueblo (TVN, 2014).

11 Ver en este Informe el apartado titulado "Institucionalidad democrática". Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. El Estado de Chile fue condenado porque al momento de investigar y determinar las responsabilidades en el juicio que siguió en contra de integrantes del pueblo mapuche, violó, entre otros derechos, el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección en el caso concreto, en el contexto de la aplicación de la Ley 18.314 que determina y sanciona conductas terroristas (Parte resolutiva de la sentencia). Otros derechos que la Corte IDH estima violados son: el derecho de la defensa de interrogar testigos el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; a la libertad personal, la libertad de pensamiento y de expresión; los derechos políticos, a el derecho a la protección a la familia.

12 Causa radicada en la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, autos Rol Reforma Procesal Penal Nº 982-2013, acumulada con Reforma Procesal Penal Rol Nº 997-2013. El viernes 1 de noviembre de 2013, en la comunidad de Chechenco, comuna de Ercilla, entre cuatro y cinco funcionarios de la prefectura de Malleco ingresaron al predio de doña BRML sin exhibir orden judicial. De acuerdo con los testimonios aportados, los policías ingresaron violentamente y efectuaron un número indeterminado de disparos de escopeta, resultando lesionadas las niñas DMM (11 años); RMM (16 años) y SAMM (19 años) y el niño MMS (15 años). La Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco con fecha 31 de enero de 2014 resolvió que la actuación policial se ha efectuado de manera desproporcionada. A juicio de la Corte los funcionarios afectaron derechos y garantías de niños y niñas que como consecuencia de esta actuación resultaron lesionados constituyendo ello un detrimento a la libertad personal y seguridad individual (Considerando décimo tercero). Carabineros se desistió de la apelación y se confirmó en la Corte Suprema ROL Nº 5276-14 de Temucuicui, a bordo de vehículos blindados. Tanto a pie como desde los vehículos efectuaron múltiples disparos, sin justificación alguna, provocando alarma entre alumnos y profesores que se encontraban en la Escuela. La Corte de Apelaciones de Temuco en los autos ROL reforma procesal penal Nº 1022-13, de fecha 1 de febrero de 2014, resolvió desechar los recursos intentados a favor de 11 niños y niñas de entre cinco y 11 años. La Corte Suprema confirmó la sentencia (ROL Nº 4226-2014), el 20 de febrero de 2014. La tercera causa involucra nuevamente a niños y niñas de la Escuela de Temucuicui. El día 22 de mayo de 2014, en el marco de una reunión del centro de padres y apoderados con el Alcalde de la comuna de Ercilla, ingresaron a la comunidad alrededor de 15 vehículos de la policía, entre blindados, buses, carros celulares y una tanqueta. Estos se estacionan en las cercanías de la Escuela. La Directiva del Centro de Padres integrada solo por mujeres, decidió requerir explicaciones de carabineros, pero a medio camino fueron repelidas con gases lacrimógenos que provenían desde el interior de uno de los vehículos blindados, expelidos en forma de "chorro" en dirección a ellas. La Escuela, con 46 niños, entre cuatro y 16 años de edad, se vio afectada. La Corte de Apelaciones de Temuco en los autos ROL Nº 569-2014, con fecha 26 de agosto de 2014 resolvió acoger la acción de amparo, señalando que la actuación de carabineros vulneró los derechos a la libertad personal y seguridad individual de los niños y niñas. La Corte Suprema Rol Nº 23.832-2014 con fecha 10 de septiembre de 2014 confirmó la sentencia apelada. Por último, el INDH dedujo acción de amparo por hechos ocurridos el 1 de octubre de 2014, en el contexto de un proceso de ocupación impulsado por la Comunidad mapuche huilliche, Marriao Collihuinca en el fundo Lumaco Bajo. Dicha acción fue repelida por un contingente de carabineros. Una niña de 10 años y un niño de 12 años grabaron el procedimiento policial. De acuerdo con los testimonios, en esos momentos funcionarios de carabineros se dirigieron directamente contra los niños, de forma muy violenta, los obligaron a tirarse al suelo y a entregar los artefactos mencionados. La niña fue apuntada con un arma de servicio de un funcionario de carabineros. En estas condiciones los niños fueron esposados. Luego fueron llevados a la Comisaría de Río Bueno, se les constató lesiones, donde se confirmó que el niño tenía lesiones leves. Con fecha 21 de octubre de 2014 la Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL Nº 203-2014, acogió la acción de amparo deducida.

El 21 de julio de 2014, el Consejo del INDH hizo entrega a la Presidenta de la República de una propuesta donde exhortaba al Poder Ejecutivo a emprender un proceso de diálogo de alto nivel entre representantes de los pueblos indígenas y el Estado en Chile, orientado a superar la coyuntura con un enfoque a corto, mediano y largo plazo, y a establecer las bases para una nueva convivencia intercultural en el país, que supere, o al menos contribuya a manejar de mejor manera, los conflictos que hoy existen. En esta propuesta, el INDH sugirió que su convocatoria fuese realizada por el Estado, y dada su relevancia, por la Presidenta de la República. Además se propuso que este incluyera la participación de representantes de la más alta jerarquía de los distintos poderes del Estado, así como de los pueblos indígenas, por medio de las instituciones representativas que estos definieran; y además, que se establecieran mecanismos que posibilitaran la contribución de los diferentes sectores de la sociedad chilena a este diálogo. En cuanto a sus contenidos, se planteó que fuesen los participantes los que los definieran, precisando que no debía haber temas excluidos. Se identificaron a modo de sugerencia, entre otros temas a tratar en este diálogo, el estatus y características del reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado, los derechos de participación de estos pueblos en el Estado, los espacios para su autonomía, los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, y el derecho a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo.

En septiembre de 2014, por su parte, los senadores Alberto Espina y José García Ruminot hicieron pública su propuesta de "Acuerdo por la Paz Social en La Araucanía". El documento advierte acerca del desconocimiento histórico de la condición multicultural de la Región que representan y la necesidad de iniciar la búsqueda de soluciones basadas en el diálogo, el respeto y la buena fe (Espina & García, 2014, pág. 3).

El INDH es consciente de las dificultades y desafíos que supone hacerse cargo de un debate público en torno a las respuestas adecuadas frente a un tema de esta complejidad. Sin embargo, considera que no puede haber más dilaciones en comenzar a transitar ese camino. Se trata de un diálogo difícil que no solo deberá abordar las brechas de inequidad social, pobreza y marginalidad que padecen vastos sectores de los pueblos originarios, sino responder al reclamo por el reconocimiento y protección de la propiedad ancestral sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y que deberá pronunciarse sobre los diseños institucionales que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas, en la adopción de medidas que sean susceptibles de afectarlos directamente y también que se haga cargo de las necesidades de justicia y seguridad y, eventualmente, de las compensaciones para los actores no indígenas. En última instancia, un diálogo que se proponga establecer las bases para una nueva convivencia intercultural en el país. El derecho internacional de los derechos humanos ofrece un marco de apoyo en esta senda.

Un diálogo de estas características también supone retos a los pueblos indígenas. Existe, en este sentido, la necesidad de que ellos identifiquen y definan autónomamente sus propias instituciones representativas, con el fin de dialogar con el Estado. Ello es condición sin la cual no es posible concertar acuerdos duraderos, legítimos y justos.

El presente apartado aborda un aspecto de la relación de los pueblos originarios y el Estado referido a los derechos territoriales. El acceso y garantía al derecho de propiedad sobre las tierras y los territorios, incluidos los de ocupación ancestral, así como a los derechos sobre los recursos naturales que hay en ellos, constituyen un desafío que el Estado no ha sido capaz de resolver de manera satisfactoria, a pesar de los esfuerzos normativos, de institucionalidad y de inversión pública. Este tema subyace a la relación de conflicto que el Estado mantiene con los pueblos indígenas. Si bien existe un consenso en orden a responder a la demanda indígena que reclama la restitución de las tierras usurpadas, no existe el mismo nivel de acuerdo acerca del alcance de dicha política de restitución, ni del modelo a seguir, el que hasta la fecha ha seguido una lógica que ha desatendido la especial relación que envuelve el territorio para los pueblos indígenas, en cuanto condición de supervivencia y fundamento para el ejercicio y goce de otros derechos fundamentales –religiosos, culturales, a la identidad, el desarrollo y la autodeterminación–. Los marcos normativos vigentes y la institucionalidad responsable de encarar esta política de restitución, ha mostrado signos de ineficacia y agotamiento, incluidas acusaciones de corrupción que ponen en evidencia la obsolescencia del principal organismo encargado de impulsar la política pública en estas materias.

En segundo lugar, este apartado aborda el derecho a la consulta previa, en atención a que esta obligación representa una herramienta fundamental con el fin de garantizar el ejercicio y goce de los derechos que les asiste a los pueblos originarios.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Prácticamente todos los mecanismos de protección y procedimientos especiales de derechos humanos –tanto a nivel del Sistema Universal como en el ámbito del Sistema Interamericano– que han tenido la oportunidad de revisar la situación de los pueblos indígenas en Chile, han advertido los déficits que el Estado exhibe en relación con el respeto y garantía de los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales.

Dichos derechos y obligaciones encuentran la principal fuente de obligaciones en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, debido a su carácter de tratado internacional. Este instrumento se ha visto complementado con otras fuentes que, aunque de diversa naturaleza y jerarquía normativa, representan los desarrollos interpretativos o bien los consensos políticos básicos que la comunidad de naciones ha sido capaz de alcanzar. Dentro de estas fuentes se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; una vasta jurisprudencia de la Corte IDH asentada en la interpretación evolutiva y extensiva de las normas de derechos humanos de los instrumentos interamericanos; las observaciones de los órganos de control de tratados, en especial del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR– y los informes y pronunciamientos de los procedimientos especiales de Naciones Unidas, en particular la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

Específicamente el Convenio 169 establece que es deber del Estado respetar la especial relación que los pueblos indígenas tienen con las tierras o territorios "o con ambos, según, los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera (…)"[13]. La protección de esta relación supone garantizar en última instancia la supervivencia de dichos pueblos, en atención a que los modos de vida, creencias, tradiciones y normas basadas en sus costumbres, están fundadas en este especial vínculo[14].

De esta obligación general de protección emanan un conjunto de derechos y obligaciones a las que se debe sujetar la acción del Estado. La primera de estas es la de reconocer legalmente y ofrecer certeza jurídica al derecho de propiedad de que son titulares los pueblos indígenas, sobre sus tierras. El Convenio 169 lo señala expresamente en los siguientes términos: "Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan"[15]. El instrumento sostiene que la utilización del término 'tierras', en relación con los recursos naturales presentes, como al consentimiento previo, libre e informado que se requiere ante proyectos de inversión que requieran del traslado y reubicación de esos pueblos, y el derecho de retornar a sus tierras tradicionales (art. 15 y 16 del Convenio), "[d]eberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"[16]. Esto implica que la protección que mandata el instrumento, en relación con los recursos presentes en dichas tierras, abarca no solo la ocupación material de aquellos espacios físicos efectivamente ocupados, sino que incluye el uso y ocupación del entorno vinculado a su tradición cultural[17].

Este derecho de propiedad sobre las tierras está revestido de ciertas notas distintivas que lo diferencian de la concepción clásica del dominio, referidas a su fundamento, su naturaleza y la extensión de sus contenidos y atributos. En

13 Convenio 169, art. 13.1.

14 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawohoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118.

15 Convenio 169, art. 14.1.

16 Ibídem, art. 13.2.

17 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

primer lugar, su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino en la ocupación y el uso tradicional que de las tierras y territorios han hecho o hacen los pueblos indígenas[18]. En tanto se erige este derecho sobre el uso y la ocupación histórica, los derechos territoriales de los pueblos indígenas existen aún sin que exista un título inscrito[19].

En segundo término, este derecho posee una dimensión individual y también colectiva, en relación con la necesidad de resguardar la propiedad comunitaria y otras formas tradicionales de posesión y dominio. Esta naturaleza colectiva ha sido destacada por la jurisprudencia de la Corte IDH, la que ha señalado que "[e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad"[20]. Para el órgano interamericano, "[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas"[21].

Por último, y en atención a los fundamentos en que descansa este derecho, se extiende el mismo no solo a aquellas tierras que actualmente ocupan, sino a aquellas que habiéndoles pertenecido, no poseen u ocupan actualmente. Se trata de las tierras antiguas o ancestrales. La Corte IDH ha dicho "[l]os miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe [Caso en el cual] (…) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas"[22].

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que no obstante las dificultades que representa para los ordenamientos jurídicos la adopción de procedimientos adecuados para reconocer la ocupación tradicional como fuente del derecho de propiedad y posesión, ello es la "piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. Así, si bien el concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional, no es menos cierto que debe ser aplicado"[23].

Reconocido el derecho de propiedad indígena en dichos términos, pesa sobre el Estado la obligación de ofrecer seguridad y estabilidad jurídica a los derechos de propiedad

18 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación Perú, 2003, párr. 7. En: Organización Internacional del Trabajo (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica. Ginebra, 2009, pág. 94. Ver también: Corte IDH Sentencia Caso *Awas Tingni* vs. Nicaragua, 2001, párr.151 y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 112.

19 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

20 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs.* Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79, párr. 149.

21 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146, párr. 120. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214, párr. 87. El artículo 21 de la Convención reconoce el derecho de propiedad privada al disponer: "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".

22 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

23 Conferencia Internacional del Trabajo. Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, 2009, pág. 742.

territorial de que son titulares estos pueblos. El Convenio 169 dispone a este respecto que se "[d]eberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión"[24]. Ello exige adoptar en el ordenamiento interno "[l]as medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad (…) acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta [comunidad indígena]"[25], incluida la de ofrecer protección efectiva frente a ataques de terceros [26].

En opinión de la Comisión IDH se lesionaría la seguridad y la estabilidad jurídica de las tierras "[c]uando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y permite a las comunidades su libre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas"[27], agregando que, "[p]ara evitar esto, algunos de los Estados Partes de la OEA han elaborado mecanismos jurídicos especiales de protección para las tierras y territorios indígenas, como el reconocimiento de las garantías jurídicas de indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas"[28].

Específicamente en relación con la capacidad de enajenación (venta), y por tanto, de transferencia de tierras indígenas a terceros, el Convenio 169 de la OIT dispone que "[d]eberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra formar sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad" (Art. 17 Nº 2). Si bien no existe en los estándares una prohibición de la enajenación, no obstante, la OIT recuerda que la primera obligación de los Estados es respetar y garantizar "[l]a importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación" (art. 13. 1), para advertir que, "[l]a experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad"[29].

Satisfacer adecuadamente la obligación de reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos sobre las tierras que no usan u ocupan de forma efectiva, pero cuyo dominio reivindican, implica, dados los patrones históricos de ocupación y colonización, enfrentar conflictos de intereses y derechos con terceros poseedores de buena fe, quienes cuentan con títulos inscritos de larga data. Ante este conflicto entre propietarios particulares y pueblos indígenas (ambos amparados por el derecho de propiedad), el Convenio 169 obliga al Estado a dotarse de "[p]rocedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar la reivindicación de tierras formuladas por los pueblos interesados"[30].

Será por tanto necesario, en aras de respetar y garantizar los derechos de las partes involucradas, que el Estado diseñe instrumentos normativos y mecanismos para determinar qué tierras son las que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión[31] basados en los estándares descritos. Al mismo tiempo, el Estado deberá ponderar, sobre la base de que el derecho de propiedad indígena y el de propiedad privada particular son derechos que pueden

24 Convenio 169 Art. 14.2.

25 Corte IDH. caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni* vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 138.

26 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr. 123.

27 Ibídem. Párr. 89.

28 Ibídem.

29 OIT. El Consejo de Administración adoptó el informe del Comité Tripartito. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), 1998, párr. 26.

30 Convenio 169 OIT, art. 14.3.

31 Ibídem, art. 14.2.

reconocer limitaciones, ejercicio que deberá cumplir ciertas condiciones: las restricciones de derechos deberán ser establecidas por ley, y ser necesarias, proporcionales y dotadas de una finalidad orientada a lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática[32]. Ante la colisión de derechos, dicha ponderación deberá hacerse caso a caso, y tomar en cuenta que: (i) al desconocer el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios, "se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros"[33]; y que (ii) "Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros"[34].

NORMAS Y POLÍTICA DE TIERRAS INDÍGENAS EN CHILE

La Constitución Política de la República no hace ninguna referencia a los pueblos indígenas, ni a sus derechos territoriales, y por lo mismo, no refleja la condición multicultural del Estado y la sociedad.

Los mecanismos que el Estado ha utilizado desde el año 1993 destinados a la regularización de estos derechos son los que ofrece la Ley 19.253, que establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante ley indígena). La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena –CONADI– es el órgano responsable de la política de tierras indígenas, con el mandato de ofrecer protección y garantizar su acceso y ampliación. Tiene a su cargo un Registro Público, el que está integrado por aquellas tierras que son reconocidas en esa calidad por el Estado[35].

32 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

33 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 147.

34 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 149.

35 Ley 19.253 art. 39 letras e, f y g.

Se trata de tierras que actualmente ocupan, en propiedad o posesión, comunidades o personas indígenas y que tengan por antecedente algún título reconocido por el Estado[36]. En segundo lugar, la integran aquellas tierras que han poseído y ocupado históricamente, comunidades o personas indígenas, a condición de que se encuentren debidamente inscritas en el registro de tierras de CONADI. También constituyen tierras indígenas aquellas cedidas por el Estado a personas o comunidades indígenas, y las que en el futuro los tribunales de justicia declaren como tales.

Para los pueblos del Norte Grande y de los valles transversales (aymara, colla, quechua, atacameño –en adelante likana antay– y diaguita) la ley establece para efectos de saneamiento y constitución de la propiedad indígena, la obligación de salvaguardar el dominio sobre las "[t]ierras patrimoniales de propiedad de varias comunidades indígenas, tales como, pastizales, bofedales, cerros, vegas, y otros de uso del ganado auquénido"[37]. En relación con esta disposición y en virtud de lo establecido en el artículo 3 transitorio de la ley indígena, la CONADI, junto con el Ministerio de Bienes Nacionales, tenían la obligación, dentro del plazo de tres años desde que entrara en vigencia la ley (1993), de realizar un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y likana antay, incluidas aquellas tierras de carácter 'patrimonial'[38].

Una de las consecuencias del reconocimiento de la condición indígena de la propiedad de la tierra es que la ley limita

36 El Art. 12 de la Ley 19.253 establece los diversos títulos que el Estado reconoce. Estos títulos se pueden agrupar en dos tipos: a) títulos históricos de reconocimiento de la propiedad indígena. Son los Títulos de Comisario y los Títulos de Merced. Los primeros nacidos de las leyes de 1823 que facultan al Intendente de Valdivia a entregar a los caciques de La Unión, Remehue, Pilmaiquen, Lago Ranco y San Juan de la Costa, principalmente entre los años 1824 y 1848, títulos de reconocimiento de propiedad. Estos fueron "[i]nstrumentos en virtud de los cuales las familias huilliches ya no solo tendrán la posesión material de sus tierras sino que ahora, junto a ella, obtendrán el reconocimiento legal del dominio y la posibilidad de reclamar un derecho ancestral (…) (Comisón Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 449). Los Títulos de Merced derivados de las leyes de radicación de 1866-1874 y 1883, corresponden a aquellos proporcionados por el Estado una vez consumada la radicación, en la provincia de Arauco; b) Un segundo grupo de títulos, se pueden integrar por las cesiones gratuitas efectuadas por ley o normas de rango legal como las nacidas del proceso de Reforma Agraria.

37 Ley 19.253 art. 63.c.

38 El INDH examinó la situación de las tierras y territorios del pueblo likana antay, en el Informe Misión de Observación Alto el Loa, aprobado el 7 de abril de 2014, por el Consejo del INDH en la sesión 199, pág. 9 y siguientes, disponible en www.indh.cl.

el derecho de dominio, en términos de establecer prohibiciones y restricciones. De esta manera la ley expresamente señala que las tierras declaradas indígenas, "por exigirlo el interés nacional"[39], no podrán ser vendidas, ni adquiridas por haberse poseído en el tiempo, salvo entre personas de un mismo pueblo. Se podrán ofrecer en garantía siempre que cuenten con la autorización previa de CONADI, y jamás podrá este gravamen alcanzar "[l]a casa habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia"[40]. Se limita la capacidad de disposición, al prohibirse que las tierras de propiedad de comunidades puedan arrendarse o ser cedidas a terceros. Si esas tierras son de propiedad de una persona indígena, pueden ser arrendadas pero por un plazo que no supere los cinco años y se podrán intercambiar (permutar) por otras tierras no indígenas, siempre previa autorización de la CONADI. El diseño normativo pretende por esta vía proteger la propiedad indígena.

No obstante estas limitaciones, la propiedad comunitaria originada de títulos de merced podrá ser dividida a solicitud de la mayoría absoluta de sus titulares[41]. Esta posibilidad de división de los títulos indígenas, por lo menos en relación con las tierras mapuche, ha estado presente en la legislación dictada por el Estado desde los inicios de la República (Lipschutz, 1956, pág. 144), y durante "todo el siglo XX se discutirá permanentemente acerca de la división de las comunidades mapuches. El debate será entre los partidarios de mantener la propiedad comunitaria y los partidarios de dividirla y formar pequeñas propiedades privadas, que se puedan vender" (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 416)[42].

Este escenario se complejiza aún más en la medida en que las propias comunidades, estos es, los sujetos titulares del derecho de propiedad comunitaria, pueden subdividirse para constituir nuevas comunidades indígenas[43] con un mínimo de diez integrantes, impactando con nuevas demandas de restitución o ampliación.

MECANISMOS PARA LA DETERMINACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS[44]

Subsidios individuales y a comunidades: Art. 20 letra A de la Ley Indígena

La política de tierras indígenas desde 1993 se lleva a cabo por conducto del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI, que cuenta con dos instrumentos fundamentales orientados a garantizar el acceso y ampliación de tierras.

El primero de estos instrumentos (Art. 20 letra A de la ley indígena) consiste en el otorgamiento de subsidios dirigidos a personas o comunidades Indígenas[45]. Este subsidio corresponde a un aporte estatal directo, sin cargo de restitución, destinado a la adquisición de tierras. Se accede al mismo mediante un sistema de postulación (concursos anuales). El monto máximo al que asciende este subsidio es de 20 millones de pesos. La CONADI informó que desde la entrada en vigencia de este subsidio, en el año 1995 hasta el año 2014, ha organizado un total de 14 concursos.

Por concepto de subsidios individuales se han adquirido un total de 21.325,2 hectáreas, lo que ha significado una inversión pública de 33.732 millones de pesos.

39 Ley 19.253 art. 13.

40 Ibídem.

41 Ibídem, art. 16.

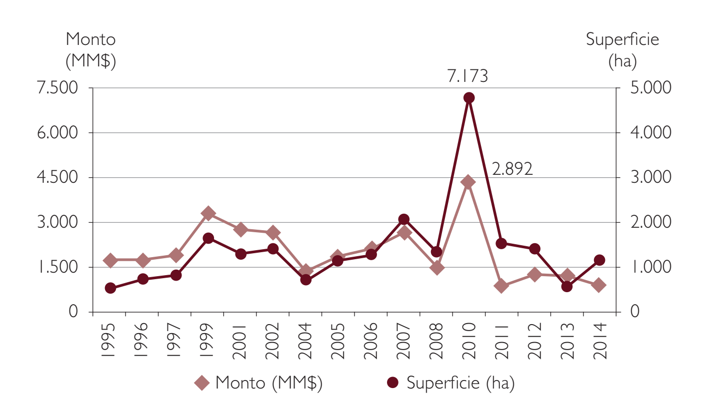
42 Ejemplo de estas tensiones es la legislación de 1927 que tiene por objeto dividir las comunidades indígenas, lo que fue alentado por la organización indígena mapuche de principios del siglo XX, Sociedad Caupolicán Defensora de La Araucanía, por estimar que ello beneficiaría a los indígenas. En la década del 30 se dictó legislación que tiende a la indivisibilidad y la prohibición de enajenación. Con la Dictación del Decreto Ley 2.568 de 1978, reemplazado por el DL 2.750 de 1979, se promueve el pleno acceso a la propiedad individual mediante la entrega de títulos de dominio. De acuerdo con datos de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato, entre los años "1979 y 1988 se dividieron 2.918 comunidades mapuche dando lugar a la creación de 73.444 hijuelas con un total de 519.257 hectáreas" (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 417). Esta legislación estableció una prohibición por 20 años para que "las hijuelas resultantes de la división pudieran entrar al mercado de tierras. Sin esta cláusula, lo más probable, es que hoy en día el conflicto sería mayor. A pesar de dicha cláusula, igualmente se produjo el despojo de las tierras mapuche con un artilugio legal contemplado en los denominados 'arriendos a 99 años', mediante este arreglo, muchos mapuches perdieron sus tierras" (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 417)

43 Ley 19.253 Art. 10.

44 Toda la información relativa a tierras y montos, contenidas en el presente apartado fue proporcionada por CONADI mediante Ordinario Nº 926 de 17 de octubre de 2014. Dicha información, a requerimiento del INDH, fue validada por dicha institución, el 10 de noviembre de 2014.

45 Se regula por el DS. Nº 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, publicado en el Diario Oficial, el 17 de mayo de 1994.

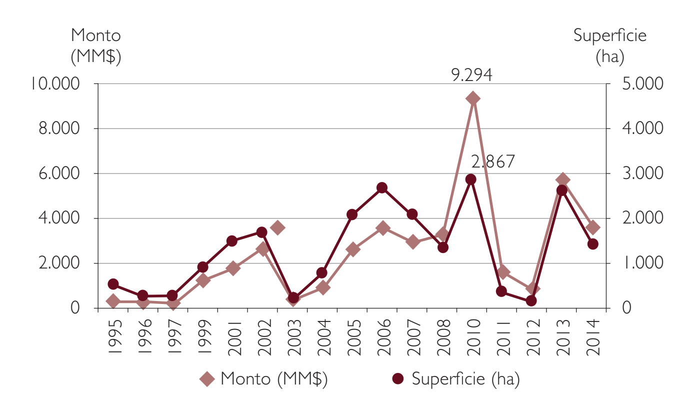
MONTO Y SUPERFICIE TOTAL DE TIERRAS ADQUIRIDAS POR BENEFICIARIOS INDIVIDUALES MEDIANTE SUBSIDIO (ART. 20 LETRA A), ENTRE LOS AÑOS 1995 Y 2014



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

Como se puede apreciar la curva sigue una tendencia que expresa un incremento del presupuesto en el tiempo, y una disminución de la superficie adquirida. El año 2010 se verifica una cota que destaca en términos de dineros invertidos y hectáreas adquiridas; ello pudiera explicarse por cuanto el año 2009 hubo inejecución del presupuesto de CONADI en esta materia.

MONTO Y SUPERFICIE TOTAL DE TIERRAS ADQUIRIDAS POR COMUNIDADES INDÍGENAS BENEFICIARIAS MEDIANTE SUBSIDIO (ART. 20 LETRA A), ENTRE LOS AÑOS 1995 Y 2014



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

A este subsidio, como ha sido señalado (sea individual o a comunidades, o parte de comunidades), se postula mediante concurso. La brecha que existe entre postulación versus adjudicación para los últimos tres concursos correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, es la siguiente:

POSTULANTES ART. 20 A)	TOTAL	ADJUDICADOS	% ADJUDICADOS
Individuales	30.031	968	3,2%
Comunidades	619	157	25,4%
Total	**30.650 postulaciones**	**1.125**	**3,7%**

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

De acuerdo con la información proporcionada por CONADI, el año 2014 (concurso 14) postularon 12.266 personas al subsidio individual, adjudicándoselo 284 personas.

MECANISMO PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS DE TIERRAS: ART. 20 LETRA B DE LA LEY INDÍGENA

El segundo de los instrumentos diseñados en la ley indígena corresponde a un mecanismo orientado a solucionar, total o parcialmente, conflictos por la propiedad de la tierra entre un particular y comunidades indígenas y se encuentra contemplado en el artículo 20 letra b) de la ley indígena (CONADI, 2014). Dicho artículo dispone que mediante el Fondo de Tierras la CONADI podrá cumplir con el objetivo de: "Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas".

Algunos de los conflictos de tierras a los que se orienta resolver este mecanismo están asociados, a las diferencias de superficie que eventualmente existan entre los Títulos de Merced u otro, y la superficie efectivamente poseída en la actualidad por la comunidad; igualmente se pretende encarar los problemas derivados de las restituciones verificadas en el marco de la reforma agraria (1964-1973) y revertidas por

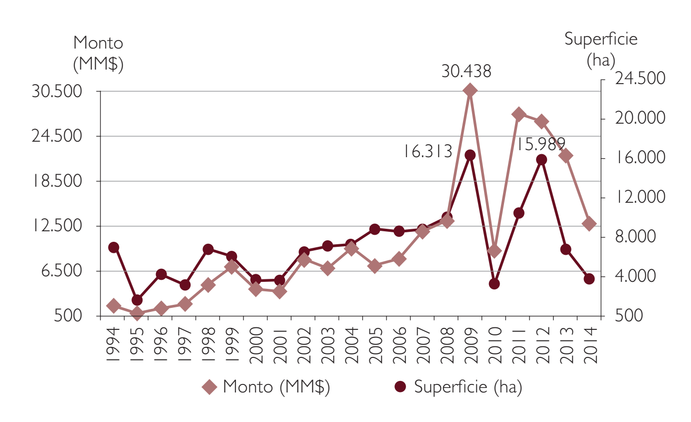
la dictadura. Otros problemas que eventualmente aborda el mecanismo son los casos de tierras que fueron transferidas a terceros por resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales, y en las que se alega un vicio por parte de la comunidad. Otro caso que se puede abordar es el referido a las tierras de ocupación histórica o reciente que no cuentan con un título inscrito a su favor[46].

Este mecanismo de solución se otorga previo informe jurídico, social y ocupacional (referido a la ocupación del bien raíz), también conocido como informe de 'aplicabilidad'. Se trata de un pronunciamiento de factibilidad sustentado en los antecedentes y títulos expuestos por la comunidad. El acto administrativo, en términos generales, contempla que la comunidad, una vez declarada la aplicabilidad, designe tres predios posibles a ser adquiridos, realizándose sobre ellos la tasación, estudios agronómicos y topográficos. El proceso contempla una negociación para la compra del predio que culmina, y de prosperar las negociaciones, la dictación de una resolución que aprueba la compra y que –de concretarse– se inscribe en el Registro de Bienes Raíces respectivo en el Registro de Tierras Indígenas de CONADI. La autoridad responsable para la asignación del mecanismo y la compra del predio es el/la Director/a Nacional, quien en esta materia actúa en mérito de criterios prioritarios establecidos en el Reglamento, consistentes en el número de personas o comunidades involucradas; la gravedad de las situaciones sociales que afectan a los peticionarios/as y la antigüedad del problema[47].

CONADI informa que a octubre de 2014 existen 158 comunidades con resolución de aplicabilidad sin solución. En un caso, la espera de esta respuesta ha demorado 17 años sin que hasta la fecha se obtenga una solución satisfactoria[48]. Todas corresponden a comunidades mapuche de las cuales 142 están radicadas en la Región de La Araucanía; cinco en la Región del Biobío; cuatro en la región de Los Lagos y siete en la Región de Los Ríos.

Desde el año 1994 al año 2014, mediante la implementación de este mecanismo, se han adquirido un total de 147.733 hectáreas, invirtiéndose en ello la suma de 217.936 millones de pesos.

MONTO Y SUPERFICIE TOTAL DE TIERRAS ADQUIRIDAS POR COMUNIDADES INDÍGENAS MEDIANTE SUBSIDIO (ART. 20 LETRA B), ENTRE LOS AÑOS 1994 Y 2014



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

La evolución de la inversión sigue un patrón ascendente, distinguiéndose con mayor nitidez el menor rendimiento de los dineros invertidos en relación con las hectáreas adquiridas.

Este mecanismo ha beneficiado principalmente a comunidades mapuche conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

46 La CONADI en 1999 establecía una tipología de territorios en conflicto: Las tierras tipo A corresponden a las relacionadas con los Títulos de Merced o de Comisario, la Tipo B, a las referidas a la Reforma Agraria. Las tipo C a las tierras perdidas por las cesiones o asignaciones realizadas por el Estado, las tipo D las ocupadas sin título. Ver: (CONADI (b), 1999, pág. 4)

47 DS Nº 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, publicado en el Diario Oficial, el 17 de mayo de 1994, art. 6 .

48 Se trata de la Comunidad Juana Nahuelpi Viuda de Guaiquil, Comuna Los Sauces, Región de La Araucanía, fecha de solicitud 17 de noviembre de 1997. Cuatro comunidades desde el año 1998 esperan una respuesta: Se trata de las Comunidades: Chanco Cacique Bartolo Nahuelpan, de la comuna de Lumaco; Mercedes Llanca viuda de Ancaten, de la Comuna de Lautaro; Fernando Catrian, de la Comuna de Freire y Pedro Huenchulao, comuna de Victoria, todas de la Región de La Araucanía. Conadi Ordinario.

ASIGNACIONES DE TIERRAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR APLICACIÓN DEL ART. 20 LETRA B DE LA LEY INDÍGENA

PUEBLO INDÍGENA	SUPERFICIE (HA)	PORCENTAJE DE SUPERFICIE (%)	MONTO (MM$)	PORCENTAJE DE MONTO (%)
Atacameño	38,0	0,03%	320,0	0,15%
Aymara	86,4	0,06%	20,7	0,01%
Colla	711,7	0,48%	190,0	0,09%
Kawaskar	310,5	0,21%	22,6	0,01%
Mapuche	146.585,9	99,22%	217.375,2	99,74%
Rapa Nui	1,0	0,001%	7,0	0,003%
TOTAL	**147.733,5**	**100%**	**217.935,6**	**100%**

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

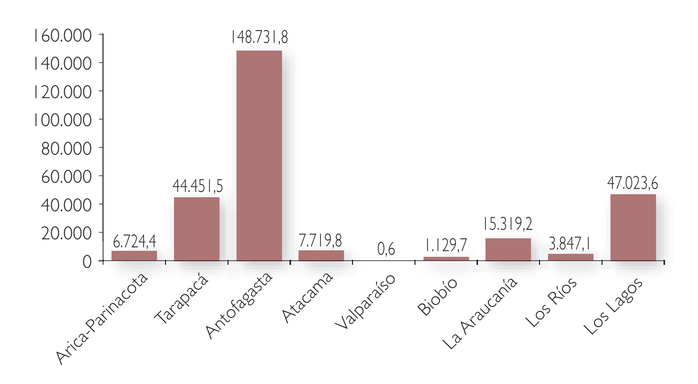
SANEAMIENTO A LA PROPIEDAD IRREGULAR Y TRANSFERENCIA DE INMUEBLE FISCALES

Junto a los subsidios y mecanismo descrito, desde la entrada en vigencia de la ley indígena, se han implementado sistemas destinados al saneamiento de la propiedad irregular y a la transferencia de inmuebles fiscales a favor de personas y comunidades indígenas. Se trata básicamente de dos mecanismos.

a. Transferencia de predios fiscales: Este mecanismo está dirigido a comunidades o familias que ocupan actualmente u ocuparon históricamente tierras que están en propiedad del Fisco. La Conadi, previa solicitud, realiza los trámites ante el Ministerio de Bienes Nacionales. Desde el año 1995 al año 2012, Conadi informa que se han transferido un total de 274.948 hectáreas, beneficiándose mayoritariamente por este concepto al pueblo likan anatay (atacameño) y aymara. Entre los inmuebles fiscales transferidos hay un total de 361 cementerios indígenas (Ministerio de Bienes Nacionales, 2014).

Ello recibe explicación en razón de dos factores: el primero es de naturaleza histórica y el segundo de carácter normativo. El primero es consecuencia del patrón de ocupación que ha significado que desde la incorporación del norte grande, finalizada la guerra del Pacífico (1883), sea el Fisco el que tome posesión de estos territorios. En el orden normativo, el art. 3 transitorio de la ley indígena dispone que Conadi en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, tienen el mandato de elaborar un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones.

TRANSFERENCIA DE INMUEBLES FISCALES (HECTÁREAS) POR REGIÓN, PERÍODO 1995-2012



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

Otra situación especial es la referida a la transferencia de propiedad fiscal para el pueblo rapa nui a cargo del Ministerio de Bienes Nacionales. En el año 2000, este Ministerio desarrolló la primera etapa del Plan de Restitución de Tierras. Consistió en la entrega de 199 parcelas de 5 hectáreas a favor de miembros del pueblo rapa nui, mediante el otorgamiento de títulos de dominio, lo que implicó un total aproximado de 1.400 hectáreas. Por medio de este programa fueron desafectadas fundamentalmente tierras del Parque Nacional Rapa Nui y del Fundo Vaitea. Las autoridades de la época comprometieron una segunda etapa para responder a la demanda insatisfecha de 1.200 solicitudes catastrada hasta el año 2006, y que hasta el día de hoy no encuentran una respuesta[49].

b. Saneamiento de la propiedad irregular indígena. Por medio de este mecanismo se regulariza la propiedad anteriormente reconocidas a indígenas, pero que se

49 Subsecretario de Bienes Nacionales. Ordinario Nº 000139 de 5 de marzo de 2014. Desde el año 1966 es el Ministerio de Bienes Nacionales que administra y registra estas tierras. El Ministerio ha ideado la ejecución de una segunda etapa de restitución a base del "Plan de Restitución de Tierras del Fundo Vaitea". Se llevó a cabo un proceso de consulta previa por parte del Ministerio para el loteo de 1.051 hectáreas en 262 parcelas agrícolas de 2,5 hectáreas cada una. El 26 de enero de 2014 se realizó un plebiscito según preguntas determinadas. 391 personas rapa nui votaron en este proceso. El 53% de estos expresaron su rechazo al proyecto de loteo propuesto.

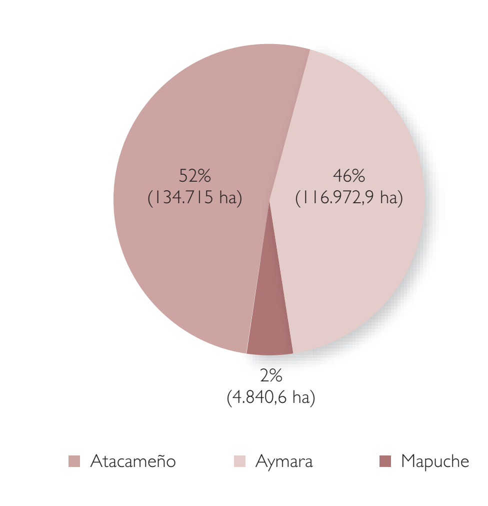
encuentra en situación jurídica precaria (sin título de dominio inscrito). No hay por lo tanto, adquisición de nuevas tierras para personas o comunidades indígenas, no obstante ofrece certidumbre jurídica a los titulares que ocupan predios no regularizados.

De acuerdo con lo informado por CONADI, desde el año 2000 al año 2012 se han saneado 256.528,5 hectáreas, que han beneficiado a 2.066 personas. Estas políticas se han focalizado en los pueblos del extremo norte del territorio nacional –pueblo likana antay y aymara–.

PUEBLO INDÍGENA	TOTAL HECTÁREAS	DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL
Atacameño	134.715,0	52,5%
Aymara	116.972,9	45,6%
Mapuche	4.840,6	1,9%
TOTAL	**256.528,5**	

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, octubre 2014.

DISTRIBUCIÓN DE SANEAMIENTO DE TIERRAS POR PUEBLO, ENTRE LOS AÑOS 2000 Y 2012



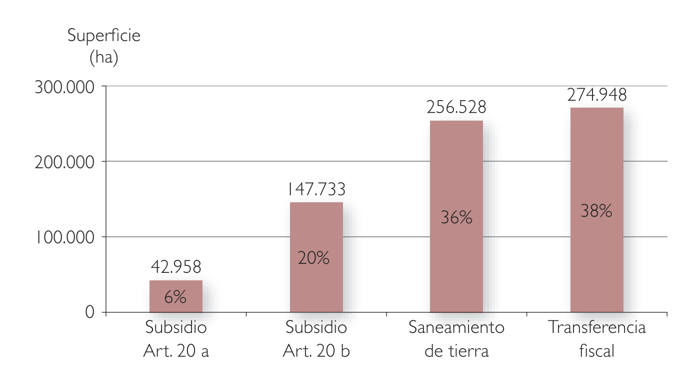
Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

Como se puede apreciar y aun cuando se trata de instrumentos diversos (subsidios, mecanismo y transferencias de bienes fiscales/saneamiento de la propiedad irregular) algunos orientados a ampliar las tierras indígenas (caso del subsidio del art. 20 letra a)) y a restituir tierras que se encuentran en conflicto (caso del art. 20 letra b)), o bien de traspasar tierras fiscales a título gratuito o proporcionar certeza jurídica mediante su saneamiento, se puede señalar que el total de tierras determinadas basándose en la aplicación de todos estos instrumentos es de: 722.167 hectáreas, conforme se puede apreciar en el siguiente cuadro:

MEDICIÓN DE BENEFICIOS	INSTRUMENTO DE DETERMINACIÓN DE TIERRAS				
	SUBSIDIO ART. 20 A	SUBSIDIO ART. 20 B	SANEAMIENTO DE TIERRAS	TRANSFERENCIA FISCAL	TOTAL
Superficie (ha)	42.958	147.733	256.528	274.948	722.167
Cantidad de Personas/ Familias Beneficiadas	5.033	-	2.066	18.361	25.460
Cantidad de Comunidades Beneficiadas	269	631	-	-	900
Monto Inversión (MM$)	74.591	217.936	-	-	292.527

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

INSTRUMENTOS DE DETERMINACIÓN DE TIERRAS (HECTÁREAS) A PUEBLOS INDÍGENAS 1994-2014[1]



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, octubre 2014.

Nota: (1) El saneamiento de tierras abarca los años 2000 a 2012.

APROXIMACIÓN A UNA EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE TIERRAS

El Estado de Chile, de acuerdo con la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, no ha sido capaz de adecuar las políticas de reconocimiento y determinación de tierras a los estándares expuestos, afirmando dicha instancia de control, que no se está cumpliendo

con el Convenio en esta materia. La CEACR, en este marco, formuló un llamado al Estado para que en la próxima memoria informe sobre la necesaria adecuación del mecanismo interno de regularización de tierras y territorios de conformidad a lo estipulado en el Convenio 169[50].

La preocupación por la inexistencia en la legislación nacional de mecanismos que posibiliten la restitución de tierras de ocupación tradicional ha sido sostenida por diversas instancias internacionales de derechos humanos. Así el anterior Relator Especial para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, manifestó el año 2009 su preocupación por la inexistencia de un mecanismo en la ley para el reconocimiento de los derechos a la tierra o a los recursos naturales en base a la ocupación ancestral indígena conforme a previas recomendaciones y al derecho internacional sobre la materia[51].

Más recientemente, el 2014, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó una preocupación similar al observar que "[e]l mecanismo de compra de tierras para las comunidades indígenas es todavía insuficiente para garantizar el derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas"[52]. Al respecto recomienda al Estado que "[r]edoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas"[53].

En el caso de las tierras patrimoniales de los pueblos indígenas likana antay (cuenca alta del río Loa, por el norte, hasta el volcán Llullaillaco, por el sur) cabe valorar los esfuerzos impulsados por el Estado para identificar y delimitar dichas tierras. Como se constata en el Informe de Misión del INDH al Alto Loa (2014), de acuerdo con información pública dada a conocer por la Dirección General de Obras Públicas, la superficie total reconocida como de ocupación y uso ancestral indígena en la II región es de 2.342.442,9 hectáreas (Dirección General de Obras Públicas, 2012, pág. 23). No obstante, la información entregada por CONADI da cuenta de que al 2014, 211.973,9 hectáreas se han transferido en propiedad a las comunidades, una cifra muy baja de tierras, utilizándose mecanismos como las concesiones de uso[54] para dotar de tierras a las comunidades, contraviniendo el estándar del Convenio 169 que establece que "[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión"[55]

El enfoque de restitución y delimitación de tierras indígenas se ha caracterizado por su lentitud, y en relación con una de las herramientas utilizadas para la adquisición de tierras en conflicto (art. 20 lera b), se ha constatado por la propia CONADI que ha favorecido prácticas especulativas, alejándose del estándar consistente en la aplicación de modelos orientados a garantizar y proteger dichas tierras, en tanto espacios sin los cuales no se concibe la supervivencia de los pueblos originarios. En efecto la CONADI advertía en 1999 la distorsión que han provocado las prácticas especulativas en el mercado de las tierras indígenas. La institución señalaba sobre la existencia de especuladores en el mercado de tierras en la IX región, que "la acción de estos encarece más las tierras (…)" detectando "[a]lgunas alianzas entre comunidades indígenas, dueños de fundos y especuladores de tierras, [lo que ha] conformando un círculo vicioso de

50 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III(1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

51 James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de abril de 2009, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr.54 "El Relator Especial Anaya enfatiza la necesidad de que el Estado desarrolle un máximo de esfuerzos en la adecuación de sus políticas públicas y de la legislación sectorial, de tierras, aguas, geotermia, y medio ambiente, entre otras, para su compatibilidad con el Convenio Nº 169 de la OIT, y las obligaciones internacionales del Estado respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, el Relator Especial recomienda reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas para adecuarlo a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación por parte de Chile del Convenio Nº 169".

52 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 111º período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr. 10.

53 Ibídem.

54 Efectivamente dentro de la cifra de 211.973,9 hectáreas transferidas hay una parte de ellas correspondientes a concesiones de uso gratuito sobre predios fiscales. Sin embargo, esta modalidad no transfiere ni reconoce o determina propiedad indígena. En este rubro 65.103 hectáreas han sido concedidas bajo esta modalidad en las regiones de Tarapacá (1.733,6 hectáreas) y Antofagasta (63.369, 5 hectáreas).

55 Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Nº 169 de la OIT. Art. 14. Nº 2.

especulación y encarecimiento de las tierras de lamentables consecuencias para el presupuesto de la CONADI. (…)" (CONADI (b), 1999, pág. 8).

Ello ha redundado en un incremento significativo del valor pagado por las tierras por CONADI por medio de estos mecanismos, estimándose que en las zonas de conflicto que involucran al pueblo mapuche entre los años 1994 y 2009 dicho aumento de precios alcanzó a un 826% (Libertad y Desarrollo, 2010).

Lo dicho hace parte de un diagnóstico que la CONADI ha hecho propio y, no obstante dicha lectura, no es posible advertir variaciones significativas en las políticas impulsadas por los sucesivos gobiernos para superar esta situación. Se requiere, por tanto, de diseños normativos que contemplen alternativas de restitución bajo los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe señalar que como una manera de evitar esta realidad de especulación en el valor del mercado de las tierras indígenas, originadas en títulos propietarios otorgados en el pasado por el Estado que se encontrasen en propiedad de particulares, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, propuso que, cuando no se lograse la conciliación para su restitución, debía considerarse la aplicación del mecanismo de la expropiación mediante legislación especial, conforme a criterios de utilidad pública e interés nacional (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003) (Comisón Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 577).

El INDH por su parte señaló en el informe anual 2011, que "[c]onsidera necesaria una legislación que establezca mecanismos que garanticen la restitución de tierras tradicionales indígenas, según entiende por ellas el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto y respecto de tierras en posesión de terceros, dicha legislación debe contemplar, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de las tierras indígenas que estén inscritas a nombre de terceros, con la correspondiente compensación a favor de estos. Respecto de tierras que estén a nombre del fisco, la legislación debe contemplar el expreso reconocimiento de la propiedad indígena sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indígenas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción, incluyendo causales de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento. La legislación en este sentido debe salvaguardar el derecho de los pueblos a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Esta legislación debe ser resultado de un proceso donde los pueblos indígenas hayan tenido oportunidad de participar y ser consultados desde su elaboración hasta su promulgación" (INDH, 2011, pág. 44). Es necesario, no obstante, que los eventuales procesos de expropiación estén enmarcados dentro de una política clara y consistente, y que no sean acciones aisladas, con el fin de contribuir a la construcción de una política en este ámbito, que alcance a todos los actores involucrados en este tema.

Otros de los problemas relevados es que no se tiene certeza de la demanda insatisfecha en relación con las tierras y territorios indígenas. Existe la obligación del Estado de cuantificar este requerimiento en la medida que pesa la necesidad de reconocer y determinar el derecho de propiedad sobre las tierras indígenas[56]. Esto representa un desafío para el Estado y requerirá de un dialogo político con los pueblos indígenas con el fin de precisar este aspecto fundamental, que subyace en la configuración del conflicto por las tierras indígenas. Es necesario, en este sentido, dotarse de un catastro de tierras según el cual sostener una política de Estado que permita avanzar en soluciones justas y duraderas.

Por último, es necesario señalar que respecto de la CONADI pesan acusaciones sobre falta a la probidad en el manejo de los recursos destinados a solucionar los problemas de tierras.

56 Resulta preocupante que CONADI no cuente con estudios o investigaciones actualizadas sobre este punto. Aparte del estudio elaborado en el año 2003 por el Centro EULA de la Universidad de Concepción, actualizado al año 2009 para las provincias de Arauco, Malleco, Cautín y Valdivia no hay otras investigaciones. Ver: Exposición ante la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados del ex-Ministro Coordinador para asuntos indígenas, Sr. José Antonio Viera-Gallo. En el caso de las estimaciones de la demanda insatisfecha de tierras por parte de comunidades mapuche, estas solo toman en consideración las tierras que fueron reconocidas a ellas por el Estado mediante títulos propietarios (Títulos de Merced; Títulos de Comisario; o Potreros Realengo), y no considera las demandas por las tierras de ocupación tradicional, que son mayores. El otro estudio que existe es el Informe; "Delimitación de territorios comunitarios y patrimoniales indígenas de las Provincia del Loa y Patrones de Ocupación" elaborado por la consultora privada Datura (1998).

Exfuncionarios/as de la institución han sido involucrados/as en hechos de corrupción que, conforme a los antecedentes públicos, comprometen parte del erario y del patrimonio del Fondo de Tierras. De acuerdo con la información proporcionada a la Cámara de Diputados por la actual administración de CONADI, en procesos de fiscalización internos se ha detectado el desvío de 10 mil millones de pesos, lo que motivó la creación de una Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados el 2 de julio de 2014 "respecto de la compra de tierras para personas indígenas, comunidades indígenas o parte de estas, realizadas entre los años 2011 y 2013"[57]. Los hechos descritos, de acuerdo con estos antecedentes, configurarían delitos que fueron puestos en conocimiento del Ministerio Público. A estas investigaciones cabe sumar la instrucción de sumarios internos[58] y pronunciamientos de la Contraloría General de la República[59] que ciernen de dudas la probidad y eficacia del principal órgano responsable de la política de tierras en el país.

EL DEBER DE CONSULTA PREVIA

LA REGULACIÓN INTERNA AL DEBER DE CONSULTA PREVIA

Otro tema que ha concitado preocupación se relaciona con las presiones derivadas de la intervención de proyectos de inversión que pudieran impactar los modos de vida de los pueblos indígenas. Esta es una realidad que afecta a todos los pueblos indígenas en el país. Las comunidades likana antay, los diaguitas, los habitantes originarios de rapa nui, las comunidades mapuche en el sur del país, han tenido que enfrentar los efectos en sus territorios, de proyectos que estiman, amenazan no solo sus manifestaciones culturales y religiosas, sino su supervivencia en tanto pueblos. Así, proyectos mineros, hidroeléctricos, y de empresas forestales que cuentan con subsidios del Estado[60], han construido su infraestructura productiva en tierras que los pueblos indígenas reivindican como propias. Dichas comunidades observan con impotencia una legislación sectorial (de minería, de geotermia, de bosques entre otras,) que no los considera ni reconoce sus derechos. El INDH ha señalado que la satisfacción de las necesidades productivas del país no puede hacerse a costa de la negación de los derechos de los pueblos indígenas[61].

Una de las herramientas que provee el derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, entre otros, a la integridad e identidad cultural, y los derechos al territorio y los recursos naturales, es el de la consulta previa, libre e informada. El INDH ha sostenido en reiteradas oportunidades que el establecimiento de procedimientos adecuados que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas, en aquellos asuntos susceptibles de afectarlos directamente, requiere asumir como primera condición, que hay una realidad multicultural que reclama reconocimiento y respeto[62].

El Estado se ha dotado de dos instrumentos destinados a institucionalizar del deber de consulta previa. El primero corresponde al Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el Decreto Supremo Nº 40 del Ministerio de Medio Ambiente que entró en vigencia en diciembre de 2013[63]. El segundo instrumento corresponde al Decreto Supremo Nº 66 del Ministerio de Desarrollo Social, publicado en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2014

57 Cámara de Diputados. Oficio Nº 11.351 de 2 de julio de 2014.

58 Conadi. Resolución exenta Nº 1779. Ordena instruir sumario sobre hechos que indica. De 4 de diciembre de 2009.

59 Contraloría General Nº de Dictamen 72355 de 7 de noviembre de 2013, por el que el Director de CONADI solicita reconsideración de las observaciones contenidas en el Informe de Investigación Especial Nº 39, de 2012, de la Contraloría Regional de La Araucanía, sobre eventuales irregularidades en el proceso de selección del "13º Concurso Subsidio para la Adquisición de Tierras para Indígenas", año 2011.

60 Ejemplo de estos subsidios lo representa el Decreto Ley 701 publicado el 28 de octubre de 1974, que fija el régimen legal de los terrenos forestales o preferentemente aptos para la forestación, y establece normas de fomento sobre la materia. Al alero de esta norma se promueven las inversiones forestales en el sur del país y la instalación de la industria maderera fundada en la plantación y explotación de eucaliptus y pinos. Ver art. Artículo 21 "Durante el plazo de 10 años, el Estado bonificará en un 75% de su valor la forestación y su manejo que realicen a partir de la fecha del presente decreto ley, tanto las personas naturales como las personas jurídicas".

61 INDH. El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013-Sesión Extraordinaria 152, pág. 4.

62 Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril de 2014-Sesión 201.

63 Ministerio del Medio Ambiente. Decreto Supremo Nº 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Publicado en el Diario Oficial de 12 de agosto de 2013. Entrada en vigencia 24 de diciembre de 2013.

que "regula el Procedimiento de Consulta Indígena contemplado en el Convenio Nº 169 de la OIT". El mismo fue el fruto de un largo proceso, realizado durante la administración pasada, y deroga el primer intento que el Estado hizo por regular este deber –Decreto 124 de MIDEPLAN–, que concitaba un amplio rechazo por rebajar los estándares internacionales en esta materia.

Ambos instrumentos tanto en lo que dice relación con el proceso de adopción, como en cuanto al contenido que fijan, han sido analizados por el INDH[64]. El Instituto ha expresado públicamente su valoración a los esfuerzos desplegados tanto por la autoridad ambiental como por el Poder Ejecutivo en orden a dotarse de instrumentos que proporcionen certeza jurídica en relación con los procedimientos de consulta previa. Ha sostenido sin embargo que "[e]n atención a que ciertos actores relevantes de los pueblos indígenas se marginaron de este proceso, el INDH considera que el esfuerzo desplegado debe entenderse como una primera etapa de un proceso que debe ser más inclusivo y participativo, y permitir restituir el diálogo sobre materias en torno a las cuales aún no existe consenso" (INDH, 2013c).

Si bien resulta complejo hacer una evaluación de la reglamentación sobre el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa a pocos meses de su entrada en vigencia, es posible decir que su aplicación no ha estado exenta de problemas y críticas por parte de sectores indígenas y otros actores[65].

El INDH, en este marco, estima que deben desarrollarse esfuerzos adicionales por revisar, con la participación y consulta de los pueblos indígenas los instrumentos referidos. Ello a objeto de lograr reglamentos que conciten mayores grados de aceptación de los pueblos indígenas. Ello es consistente con las recomendaciones formuladas por los órganos de control de tratados que en el transcurso del año 2014 formularon recomendaciones precisas en torno a esta materia. Así el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que el Estado debe establecer un "[m]ecanismo efectivo de consulta y que este se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos, en particular debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas"[66].

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT pidió al gobierno de Chile "[q]ue informe a la Oficina sobre la entrada en vigencia del nuevo reglamento sobre la consulta. La Comisión solicita al Gobierno que en su próxima memoria presente informaciones que permitan examinar la manera en que la nueva legislación asegura la efectiva consulta de los pueblos indígenas en todas las medidas susceptibles de afectarles directamente y da pleno efecto a las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 15 y 16 del Convenio"[67].

En el transcurso del año 2014, el Ministerio de Desarrollo Social y el Consejo de la Cultura y las Artes, según el reglamento adoptado bajo la administración anterior, han iniciado por separado dos procesos de consulta previa. En el primer caso, la consulta recae sobre los anteproyectos de ley que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo o los Consejos de Pueblos Indígenas. La segunda de las consultas se refiere a la indicación sustitutiva que crea el Ministerio de la Cultura y las Artes.

Llama la atención al INDH que otras iniciativas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas no hayan sido sometidas al proceso de consulta previa en la etapa prelegislativa. Es el caso del anteproyecto de ley

64 Ver: INDH. El deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013-Sesión Extraordinaria 152; e INDH. Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013.

65 Ver entre otras: Declaración pública de Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados. Marzo de 2014: "Denunciamos que el nuevo Reglamento Nº 66 de consulta indígena es ilegítimo y no lo reconocemos como instrumento para la consulta previa libre e informada, según Convenio 169 y hacemos un llamado al nuevo Gobierno a restablecer un verdadero diálogo político directamente con los pueblos indígenas". Ver Observatorio Ciudadano. Las falencias del proceso de consulta de 5 de septiembre de 2014.

66 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile 111º período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr. 10 c).

67 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III (1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas[68], el que legisla sobre áreas protegidas que en un porcentaje significativo se sobreponen a tierras que, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son de propiedad y posesión indígena en razón de su ocupación tradicional.

El INDH recibió de parte del Ministerio de Desarrollo Social[69] y del Consejo de la Cultura y las Artes una invitación con el objeto de participar en calidad de observador de los procesos señalados. El Consejo del INDH ha aceptado dicha invitación a condición de que sea igualmente aceptada por los representantes indígenas que concurran a los diálogos y reuniones que se prevén.

En el caso del proceso que lleva a cabo el Ministerio de Desarrollo Social, este se inició el 31 de julio de este año, con la publicación en el *Diario Oficial* del llamado a convocatoria. La consulta tiene carácter nacional y se diseñaron 58 reuniones de información desde Arica a Puerto Wiliams[70]. En el caso del Consejo de la Cultura y las Artes, esta también tendrá un carácter nacional e incluye a la comunidad afrochilena de Arica-Parinacota. Se inició en agosto con una ronda preliminar de reuniones para dar información previa. Estando ambos procesos en sus inicios, el INDH incluirá en el próximo informe anual los hallazgos principales que arroje la observación que lleva adelante.

No obstante ello, el INDH ha expresado al Ministerio de Desarrollo Social y al Consejo de la Cultura y las Artes, la preocupación por que se estén llevando a cabo procesos complejos de alcance nacional de manera simultánea. Adicionalmente, en el caso del Ministerio de Desarrollo Social, de lo observado de forma preliminar, se percibe que los partícipes indígenas alegan desconocer el propósito de las reuniones, y que la información que se proporciona en ellas no estaría contribuyendo a la comprensión de los temas a tratar.

68 Boletín Nº 9404-12 Proyecto de ley iniciado por Mensaje Nº 161-362, de que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Ingresado al Senado de la República el 18 de junio de 2014.

69 Invitación formalizada por medio del Ordinario núm. 1927 del Ministerio de Desarrollo Social, por el que solicita "participación del INDH en el proceso de consulta" de 2 de septiembre de 2014.

70 Ministerio de Desarrollo Social. http://www.consultaindigenamds.gob.cl/articulos/articulo130814_2.html

CONSULTA PREVIA Y FALLOS RELEVANTES DEL AÑO 2014

Durante el transcurso del año bajo revisión, los Tribunales Superiores de Justicia han debido pronunciarse sobre este punto, precisamente en relación con los temores que habitantes indígenas han expresado frente a megaproyectos de inversión.

Uno de estos casos es el denominado "Proyecto El Morro"[71]. La Corte Suprema, en octubre de 2014, y por segunda vez[72], dejó sin efecto la resolución de calificación ambiental. En esta oportunidad, un grupo de organizaciones y personas diaguitas sostuvieron que no fueron debidamente consultadas. Durante el transcurso del proceso de evaluación ambiental, la CONADI sostuvo que "[e]l emplazamiento del proyecto minero El Morro afectará de manera directa la condición de trashumantes de los habitantes indígenas dedicados al pastoreo y la cría de ganado para su supervivencia, actividad que data de varias generaciones y cuyo valor sociocultural, económico y patrimonial puede ser significativo e irreversible"[73]. Posteriormente, en nuevos informes, la CONADI[74] expresó su conformidad con lo informado por el Titular del Proyecto en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. El máximo tribunal reprocha que CONADI no fuera capaz de informar, fundadamente, si existían o no otras comunidades

71 El Proyecto minero El Morro consiste en la construcción y operación por 14 años, de una mina a tajo abierto para la extracción de oro y cobre, localizado en Alto del Carmen. Región de Atacama, para más antecedentes ver Mapa de Conflictos Ambientales en: http://www.indh.cl/mapaconflictos/assets/pdf/33_Proyecto_Morro.pdf

72 Corte Suprema Sentencia. Rol Nº 11.299-2014 de 7 de octubre de 2014 La primera Sentencia es de 27 de abril de 2012, ROL N 2211-2012 por la que se deja sin efecto la Resolución Exenta Nº 49 de 14 de marzo de 2011. El Estudio de Impacto Ambiental del proyecto El Morro fue calificado favorablemente por Resolución Nº 49, el 14 de marzo de 2011. Dicha resolución fue dejada sin efecto por la Corte Suprema, con fecha 27 de abril de 2012, en tanto "no se subsanaran las deficiencias observadas por dicho Tribunal, relativas, en síntesis, a que el proyecto solo había considerado tres familias de crianceros, además de una persona que pertenecía a una de dichas familias y que tenía su majada propia, en tanto existían 43 personas de la Comunidad Agrícola de Los Huascoaltinos que acreditaban su calidad de indígena y que no habían sido respetados, lo que configuraba una ilegalidad".

73 Corte Suprema. Rol Nº 11.299-2014 de 7 de octubre de 2014, considerando vigesimoprimero

74 Oficio Nº 00 de 9 de octubre de 2013 y Oficio Nº 564 de 21 de octubre de 2013.

indígenas susceptibles de verse afectadas por el proyecto[75], y los motivos razonados que dan lugar a un cambio de opinión de la Corporación, en relación con las afectaciones que en su momento representó al titular del Proyecto[76]. De esta manera, la CONADI, a juicio de la Corte Suprema, no fundamentó su decisión de informar el proyecto El Morro, y la falta de fundamento infringe mandatos contenidos tanto en la Ley de Bases de la Administración del Estado, como en la Ley de Bases de Medio Ambiente, lo que deviene en que la "opinión favorable otorgada al proyecto adolezca de un vicio que la transforma en ilegal y arbitraria"[77]. Este vicio contaminaría, de acuerdo con la C. Suprema, la Resolución de Calificación Ambiental en tanto dicho acto administrativo terminal adolece de la debida motivación, lo que la torna en consecuencia ilegal y arbitraria. La Corte Suprema, en mérito de este razonamiento, resolvió: a) Dejar sin efecto los Informes de CONADI y b) ordenar que la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama solicite a CONADI nuevos informes para pronunciarse nuevamente.

En este fallo, la Corte Suprema reiteró que la contienda destinada a dirimir conflictos de orden ambiental y, en especial, a invalidar una Resolución de Calificación Ambiental, debe ser resuelta en sede de los tribunales ambientales[78]. Este criterio que ha prevalecido durante el año bajo observación, fue sostenido por la Corte Suprema en el Proyecto Los Pumas[79], revocando una decisión de la Corte de Apelaciones de Arica[80], la que en primera instancia resolvió que la resolución favorable al proyecto de la autoridad se fundaba en una autorización ambiental sectorial [Se refiere a la dada por SERNAGEOMIN para la habilitación del relave], basada en exigencias de una normativa derogada y de menores exigencias que la actualmente vigente[81]. Esto resulta suficiente para declarar el acto ilegal. La Corte de Arica, analizando este caso, concluyó además, que el proyecto en cuestión afectaba el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación[82] y lesionaba el derecho de las comunidades aymaras a ser consultadas conforme mandata el Convenio 169 de la OIT. Adicionalmente, a juicio de los jueces de Arica, el proyecto además vulneraba el derecho a libertad de culto del pueblo aymara por la afectación a la cosmovisión andina que un proyecto de estas características entraña[83] emplazado en sus territorios.

La Corte Suprema, en agosto de 2014, sostuvo que a contar de la dictación de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, "son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia (…) dentro de las cuales se encuentra –por cierto–, la solicitud de invalidación de una resolución de calificación

75 Corte Suprema. Rol Nº 11.299-2014 de 7 de octubre de 2014, considerando vigésimo.

76 Ibídem, considerando vigésimo séptimo

77 Ibídem, considerando trigésimo.

78 Ibídem, considerandos noveno y décimo.

79 Corte Suprema. Rol. Nº 17.120-2013 de 12 de agosto de 2014. "El proyecto de Manganeso Los Pumas (…) comprende una mina situada a unos 37 kilómetros al norte de Putre, lugar en que se tiene programado extraer el mineral a tajo abierto de tres tajos, el cual será trasladado a una sección de chancado o molienda cercano al punto de extracción para efectuar el proceso de separación, para cuya operación se requiere agua, la que tiene contemplado proveerse desde una vertiente ubicada en la quebrada de Tarapacá, distante a 19 kilómetros, por medio de un ducto. Efectuado el chancado o molienda, la escoria, relave o lama será vertida a un tranque de relave en donde serán depositadas las referidas lamas" "Que el proceso descrito (..) requiere para poder trasladar en camiones el mineral al Puerto de Arica, construir un camino desde la mina o yacimiento propiamente tal hasta la ruta A-23, para lo cual requiere intervenir el ecosistema existente en el lugar, arrancando la Llareta o Yareta existente en el Altiplano chileno, como asimismo, requiere ensanchar la Ruta A-23 en ambas direcciones, a la cual agregaría una berma de 1.0 metro, para lo cual se requiere igualmente arrancar las Yaretas existentes en el sitio y en este caso al interior del Parque Lauca". Corte de Apelaciones de Arica. ROL 182-2013 Fallo 25 de noviembre de 2013. Acumulados ROL 184-2013; 185-2013; 186-2013; 187-2013. Considerando décimo séptimo.

80 Corte de Apelaciones de Arica. ROL 182-2013 Fallo 25 de noviembre de 2013. Acumulados ROL 184-2013; 185-2013; 186-2013; 187-2013.

81 Ibídem, considerando vigésimo primero.

82 Ibídem, considerandos vigésimo tercero; vigésimo cuarto; vigésimo quinto y vigésimo sexto.

83 "En efecto los habitantes del área donde se encentran la vertiente Tarapacá son ganaderos que consideran al agua en aymara "Uma", una entidad sagrada vinculada a la serpiente o "Amaru", que simboliza la sinuosidad de la escorrentía de los ríos sobre la madre tierra o Pacha y que es símbolo de productividad y fertilidad al cual se le rinde culto. De conformidad a la cosmovisión andina, las vertientes son fuente de reproducción del ganado donde emergen los 'Chullumpes' o animales silvestres que reflejan abundancia y productividad. Este culto se traduce en ceremonias como la Phawua al ojo de agua o la "Wilancha" o sacrificio de animales a los Malkus o cerros tutelares del ganado, los cuales proveen del agua necesaria para la subsistencia del hombre y los animales". Corte de Apelaciones de Arica. ROL 182-2013. Fallo 25 de noviembre de 2013. Acumulados ROL 184-2013; 185-2013; 186-2013; 187-2013 Trigésimo séptimo.

ambiental (…)"[84]. La declaración de incompetencia de la Corte Suprema eventualmente entraña una tensión con la garantía de acceso a la justicia en el sentido de que los tribunales medioambientales están llamados por ley a resolver fundamentalmente un litigio de carácter medioambiental y la consulta previa no representa una controversia de esas características. En segundo lugar, supone una restricción geográfica para quienes estiman vulnerados sus derechos, por cuanto solo existen tres tribunales ambientales en el territorio nacional (Antofagasta; Santiago y Valdivia) y por último, quienes estimen lesionados sus derechos para concurrir al tribunal medioambiental deberán contar con el patrocinio de abogado/a. Todo lo que no ocurre en la acción de protección de garantías constitucionales.

En el caso de la Central Neltume, la Corte Suprema confirmó una decisión de la Corte de Valdivia, y dijo en septiembre algo similar al sostener que no habiendo afectación directa por parte de los que recurren de protección (el Parlamento de Coz Coz), y estando pendiente el proceso de evaluación ambiental, quedaba a los recurrentes la vía jurisdiccional contemplada en la ley que crea los tribunales ambientales.

En el llamado "Caso Soquimich", que contó con la oposición de representantes del pueblo likana antay, la Corte Suprema[85] dejó sin efecto un fallo de primera instancia que acogía la pretensión deducida por los dirigentes indígenas, y dejaba sin efecto la resolución de calificación ambiental, ordenando que el proyecto "Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio" de la empresa minera S.Q.M. Salar S.A, se someta a un "Estudio de Impacto Ambiental en el que se dé aplicación a las normas sobre participación contenidas en los artículos 26 a 31 de la Ley 19.300 y Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales"[86]. La Corte Suprema, por su parte, señaló que no hay afectación directa en mérito de un informe evacuado por CONADI[87].

84 Corte Suprema. Rol. Nº 17.120-2013, 12 de agosto de 2014. Considerando cuarto.

85 Corte Suprema. Rol. Nº 17.120-2013, 12 de agosto de 2014.

86 Corte de Apelaciones de Antofagasta: Rol Nº 1097-2013, de 3 de diciembre de 2013. Considerando décimo.

87 Corte Suprema. Rol. Nº 17.120-2013, 12 de agosto de 2014. Considerando décimo séptimo.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003). *Informe de la Comisón Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas.* Santiago.

Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional.* Madrid: Editorial Trotta.

Anaya, J. (6 de junio de 2011). *The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland. A/HRC/18/35/ Add.2.*

CONADI (b). (1999). *La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desrrollo Indígena.*

CONADI (2014). *Conadi.* Recuperado el 20 de octubre de 2014, de http://www.conadi.gob.cl/index.php/preguntas-frecuentes?layout=edit&id=63

Dirección General de Obras Públicas (2012). *Guía de Antecedentes Territoriales y Culturales de los Pueblos Indígenas de Chile.* Santiago.

Espina, A., & García, J. (Septiembre de 2014). *Propuesta: "Acuerdo por la paz social en La Araucanía".* Recuperado el 21 de octubre de 2014, de http://static.latercera.com/20140902/1998870.pdf

Galilea, J. A. (2014). *Violencia en La Araucanía: Relato en primera persona.* Recuperado el 12 de octubre de 2014, de http://www.sna.cl/wp/wp-content/uploads/2012/10/Enagro%202012%20-%20Jose%20Antonio%20Galilea.pdf

INDH (8 de octubre de 2014). *Declaración Pública sobre los recientes hechos de violencia en La Araucanía.* Recuperado el 8 de octubre de 2014, de http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-indh-sobre-los-recientes-hechos-de-violencia-en-la-araucania

INDH (2013a). *Declaración Pública: Instituto Nacional de Derechos Humanos repudia actos de violencia en La Araucanía y llama al diálogo.* Santiago.

INDH (2013b). *El Deber de Consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 - Sesión Extraordinaria 152.* Santiago.

INDH (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago.

INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

INDH (2013c). *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena.* Santiago.

Instituto Libertad y Desarrollo (25 de junio de 2014). *http://www.lyd.com/*. Recuperado el 25 de junio de 2014, de http://www.lyd.com/centro-de-prensa/noticias/2014/06/estado-us-822-millones-indigena/

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile.* Santiago.

La Segunda (12 de agosto de 2014). *Nuevo atentado incendiario en La Araucanía: Quemaron maquinaria y un galpón.* Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2014/08/955023/Nuevo-atentado-incendiario-en-La-Araucania-Quemaron-maquinaria-y-un-galpon

La Tercera (1 de octubre de 2014). *Comunero mapuche muere atropellado tras incidentes en fundo de La Araucanía.* Recuperado el 20 de octubre de 2014, de http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/10/680-598269-9-comunero-mapuche-muere-atropellado-tras-incidentes-en-fundo-de-la-araucania.shtml

Libertad y Desarrollo (1). (10 de enero de 2014). *www.lyd.org.* Recuperado el 25 de junio de 2014, de http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.144violenciaenlaaraucan%C3%8DamIII.pdf

Libertad y Desarrollo (6 de agosto de 2010). *Un Giro en la Política Indígena: Cambios en la entrega de tierras.* Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/TP-977-Un%20giro%20en%20la%20politica%20indigena%20Cambios%20en%20la%20entrega%20de%20tierras-06-08-2010.pdf

Lipschutz, A. (1956). *La Comunidad Indígena en América y en Chile. Su pasado histórico y sus perspectivas.* Santiago: Universitaria.

Ministerio de Bienes Nacionales (2014). *Acciones en favor de los Pueblos Originarios de Chile.* Recuperado el 13 de noviembre de 2014, de http://www.bienesnacionales.cl/?page_id=1621

O'Donell, D. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal e Interamericano*. México, D.F.: ACNUDH y EGAP.

Radio Bio Bio (11 de enero de 2014). *Atentado incendiario: Queman 6 camiones y un cargador frontal en La Araucanía.* Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de http://www.biobiochile.cl/2014/01/11/atentado-incendiario-queman-6-camiones-y-un-cargador-frontal-en-la-araucania.shtml

Radio Universidad de Chile (30 de octubre de 2014). *Conmoción causa homicidio de comunero mapuche en La Araucanía*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de http://radio.uchile.cl/2014/10/30/conmocion-causa-homicidio-de-comunero-mapuche-en-la-araucania

Stavenhagen, R. (13 de marzo de 2006). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen.* Mission to New Zealand. E/CN.4/2006/78/Add.3 .

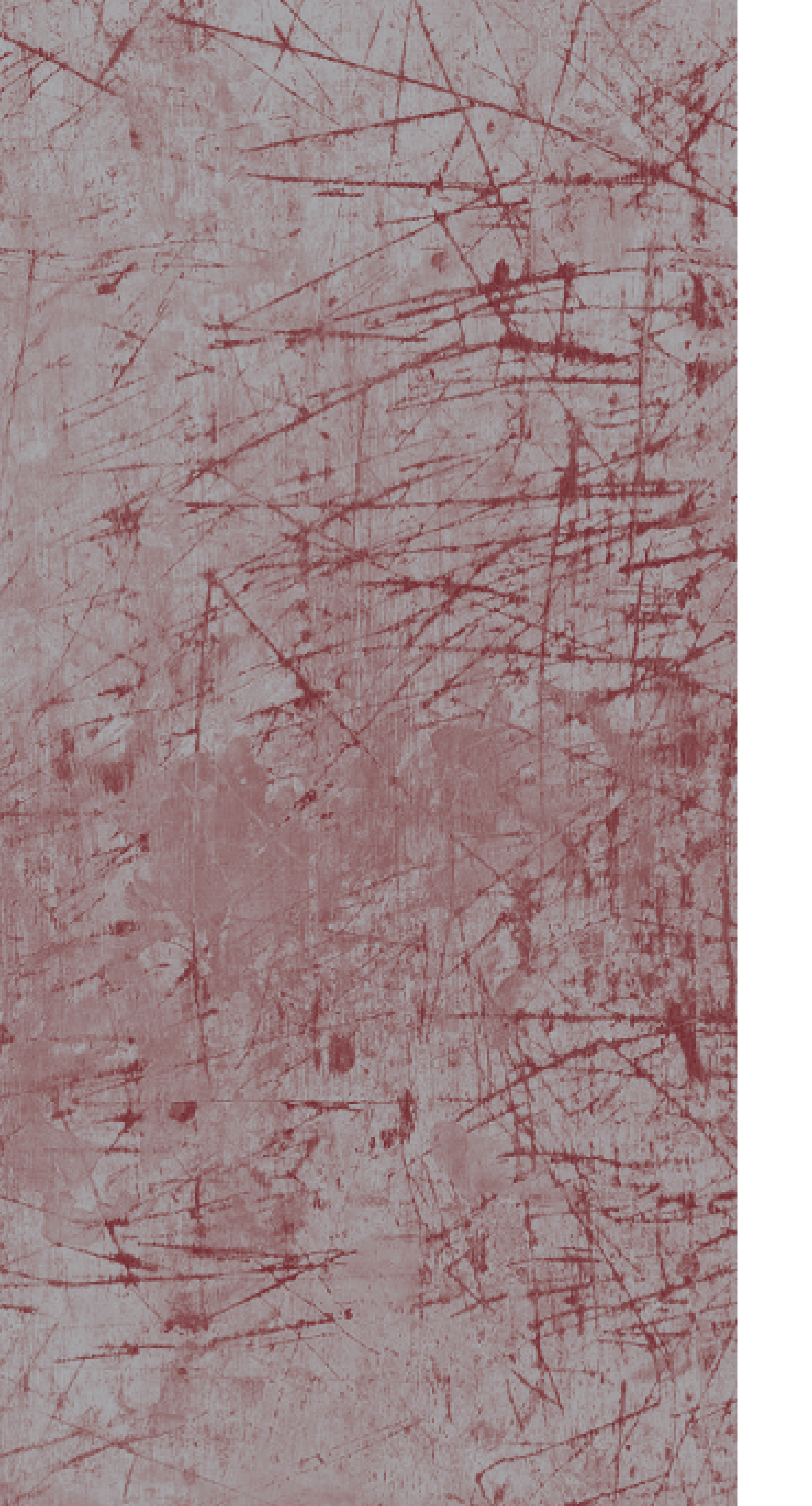
TVN (12 de marzo de 2014). *Intendente de La Araucanía pide perdón al pueblo mapuche.* Recuperado el 21 de octubre de 2014, de http://www.24horas.cl/politica/intendente-de-la-araucania-pide-perdon-al-pueblo-mapuche-1124140

2

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: ZONAS DE SACRIFICIO E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL



Fotografía: Enrique Cerda



DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: ZONAS DE SACRIFICIO E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

2

ANTECEDENTES

El ejercicio del derecho a un medio ambiente libre de contaminación ha sido preocupación constante para el INDH, en especial la situación crítica que se vive en ciertas zonas del país (INDH, 2011a; 2012a; 2013). De acuerdo con información de la Organización Mundial de la Salud, en el país tienen lugar al menos 4 mil muertes prematuras al año producto de la contaminación atmosférica (Ministerio del Medio Ambiente, 2014a). Esta contaminación puede deberse a fuentes de distinto tipo: emisiones industriales, uso de leña, medios de transporte, uso de agroquímicos (fertilizantes nitrogenados y pesticidas principalmente), entre otros.

Junto a la contaminación del aire existe la contaminación del suelo y agua. De esta forma, como ha observado el Instituto[1], la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente sano puede vulnerar otros derechos. El que suele ser afectado con mayor frecuencia por la contaminación es el derecho a la salud, lo que en ocasiones implica que una persona deba faltar a su trabajo, costear operaciones e incluso jubilar anticipadamente. Lo mismo ocurre con el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, así como con el acceso a la educación. Basta recordar el caso de la escuela La Greda, en Puchuncaví (marzo de 2011), donde estudiantes y profesores presentaron signos de intoxicación (cefalea, mareos, vómitos y desmayos), debiendo suspender las clases e ir a un centro asistencial. Posteriormente, la escuela fue trasladada de lugar para evitar la exposición a los agentes contaminantes (INDH, 2011b). Según informe de la Seremi de Salud, las 14 escuelas de Puchuncaví se encuentran con índices por sobre la norma de metales pesados[2]. Sin embargo, no se ha resuelto el problema de contaminación en la zona, pues el 17 de octubre de 2013, seis trabajadores resultaron intoxicados mientras realizaban labores de limpieza (Fundación Terram, 2013).

En mayo de 2012 el expresidente Piñera se refería a la situación en Ventanas (ubicada en la bahía de Quintero), Huasco, Coronel y Mejillones como "tragedias ambientales y sanitarias" (Mensaje presidencial). En 2013, un conjunto de organizaciones de la bahía de Quintero elaboró y distribuyó un documento entre autoridades de gobierno y parlamentarios en que se resumía la situación de la bahía y se establecían exigencias por parte de la comunidad[3]. Es precisamente a raíz de la situación en la bahía de Quintero que se comienza a utilizar en Chile el concepto de "zona de sacrificio" (Liberona, 2014).

La ONG OCEANA, una de las organizaciones que han denunciado activamente las condiciones de contaminación en dichas localidades, define a las zonas de sacrificio como "zonas que han sido destinadas al sacrificio, olvidadas por los sucesivos gobiernos que han seguido permitiendo la instalación de nuevas industrias contaminantes, aun cuando el impacto sobre la salud de las personas y el medio ambiente ha sido

1 Además de los capítulos sobre Derecho a un medio ambiente libre de contaminación de los Informes Anuales de 2011 y 2012, el INDH desarrolló el Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile que registra 97 conflictos que tuvieron lugar entre enero 2010 y junio 2012. También se encuentran disponibles los informes de las misiones de observación realizadas en Puchuncaví-Quintero-La Greda (14 de septiembre de 2011) y en Freirina, Región de Atacama (31 de mayo y 1 de junio de 2012).

2 Ord Nº 1448, Informa Análisis de metales en polvo y suelos a Colegios en Puchuncaví, 7 de octubre de 2011.

3 Situación de la bahía de Quintero: exigencias de la comunidad, octubre de 2013.

inmenso"[4]. Este año, en mayo de 2014, la Unión de Comunas de Zonas de Sacrificio emitió un pliego de peticiones al Estado donde las define como "aquellos territorios de asentamiento humano devastados ambientalmente por causa del desarrollo industrial. Esta devastación tiene implicancias directas en el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas; derecho a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, a la alimentación, a la vivienda, etc. En estos territorios el daño ambiental ha significado la situación de vulnerabilidad y empobrecimiento de las comunidades"[5]. En este sentido, los instrumentos actuales sobre ordenamiento territorial y la Evaluación Ambiental Estratégica no permiten considerar la concentración de proyectos empresariales en los territorios, ni ver sus consecuencias acumulativas.

Estos hechos han sido difundidos por los medios de comunicación, que en el caso del programa de televisión En la Mira (Chilevisión) dedicó un capítulo entero a la situación de las "zonas de sacrificio", en mayo de este año. Una nueva cobertura tuvo lugar a propósito del derrame de 22 mil litros de petróleo de ENAP, en la bahía de Quintero, el 24 de septiembre de 2014, lo que acentúo la situación crítica de contaminación que afecta a la bahía. Es así que el concepto de "zonas de sacrificio" permite dar cuenta de una situación ya constatada por el INDH: la concentración de los costos ambientales y su distribución desigual. Es una "situación de injusticia ambiental evidente, por cuanto los beneficios que genera [una industria] se reparten difusamente entre la sociedad toda, mientras que los costos ambientales son soportados por personas en situación de vulneración social y económica" (INDH, 2011, pág.170).

En este marco, en paralelo al análisis de la situación de vulneración de derechos en las zonas de sacrificio, resulta relevante conocer el proceso de reforma de la institucionalidad ambiental que tuvo lugar en los últimos años. El año 2010 se creó el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley 20.417)[6]; dos años más tarde se crearon los Tribunales Ambientales (Ley 20.600), de los que el primero comenzó sus operaciones en diciembre de 2012. La propuesta de implementación de esta reforma fue descrita por el INDH en el Informe Anual 2012, por lo que cabe actualizar ese proceso. Este apartado revisa los estándares internacionales y nacionales en el ámbito del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. También realiza un diagnóstico de la situación de dos "zonas de sacrificio", y se analiza el funcionamiento de la nueva institucionalidad medio ambiental, en sus dimensiones administrativa y judicial.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La preocupación por el medio ambiente tomó relevancia internacional con la Conferencia de Estocolmo en 1972. Desde ese entonces las Naciones Unidas no han dejado de pronunciarse sobre el tema por medio de distintos documentos, los cuales han sido analizados por el INDH en Informes Anuales precedentes (INDH, 2011a; 2012a). Sin embargo, esta preocupación no se ha traducido en instrumentos internacionales vinculantes para los países, por lo que "los órganos jurisdiccionales […] han 'enverdecido' (*greening*) ciertos derechos –como la vida, la salud o la vida privada y familiar–, o incluso han considerado justificado limitar ciertos derechos humanos –como la propiedad– para la protección del medio ambiente" (INDH, 2011a, pág. 163). Así, se ha vuelto estrecha la relación entre el derecho al medio ambiente y el ejercicio de otros derechos[7].

No habiendo documentos internacionales vinculantes de carácter general, podría considerarse como el principal estándar el Convenio Aarhus, adoptado el 25 de junio de 1998

4 http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/antecedentes

5 Documento firmado por los alcaldes de Huasco, Tocopilla, Puchuncaví, Quintero y Coronel. Ver http://www.ojoconelparlamento.cl/sites/default/files/minuta/S%208a%20Peticiones%20conclave__%20alcaldes%20zonas%20de%20sacrificio.pdf, mayo de 2014. Los municipios autorizan las obras y reciben beneficios, aunque estos difícilmente sean suficientes para compensar la contaminación que se produce.

6 La Ley 20.417 modifica la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994). Cabe destacar que el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), ya había sido creado por esta última ley (art. 80) y que el Reglamento del SEIA se publicó en 1997.

7 En la Convención de los Derechos del Niño (1989), refiriéndose al derecho de gozar del nivel más alto posible de salud, se menciona la importancia de tener "en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente" (Artículo 24.2.c). El Convenio Nº 169 (1989) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, señala expresamente que "[l]os gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan" (art. 7.4).

en Dinamarca. "Si bien es un instrumento eminentemente paneuropeo, se encuentra abierto a cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas" (INDH, 2013a, pág. 47). Allí se menciona que el derecho de acceso a la información obliga al Estado a disponer, recoger y difundir la información ambiental. Según la misma norma, la participación pública en la toma de decisiones se debe llevar a cabo al inicio de los procedimientos, de forma que las personas puedan ejercer una influencia real dentro de un plazo razonable. Además, las consultas deben ser gratuitas y se debe dar la opción de un proceso de participación por escrito u oral (art. 6, 7 y 8). Asimismo, en caso de que no se pueda acceder a la información necesaria o que la respuesta no sea suficiente, los Estados deberán velar que cada persona "tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por ley" (art. 9.1).

El acceso a la justicia y la protección judicial, en términos genéricos, se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos[8]. En ella se afirma que "[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales" (art. 25). Dentro de los compromisos de los Estados Parte, se encuentra "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (art. 25.c). De forma que el "derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia en aras de resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los derechos humanos de todas las personas" (INDH, 2013a, pág. 59).

En particular sobre el medio ambiente, el Convenio Aarhus señala que se tendrá acceso a la justicia en asuntos ambientales "sin discriminación fundada en la nacionalidad, la ciudadanía o el domicilio, y en el caso de una persona moral, sin discriminación por el lugar en que tenga su sede oficial o un centro verdadero de actividades" (art. 3.9). Los procedimientos, administrativos o judiciales "[d]eberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos" (art. 9.4), tal que se "preverá el establecimiento de mecanismos apropiados de asistencia encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que traben el acceso a la justicia" (art. 9.5). Para ello deberán ser procedimientos "gratuitos o poco onerosos" (art. 9.1), "sin que su costo sea prohibitivo" (art. 9.4). Todas estas decisiones deberán ser consignadas por escrito, y además "[l]as decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público" (art. 9.4).

De esta forma, se entiende que en el ejercicio del derecho a un medio ambiente libre de contaminación se entrelazan también los derechos de acceso a la información, a la participación y el acceso a la justicia.

Asimismo, en este ámbito se destaca el rol que le compete al sector privado. La relación entre empresas y derecho humanos ha sido abordada por las Naciones Unidas[9], identificándose Principios Rectores para la actuación de las empresas. Dichos principios se basan en tres conceptos fundamentales: proteger, respetar y remediar, permitiendo distinguir ámbitos de responsabilidad diferenciados entre empresas y Estados (INDH, 2012b; 2013a). Esta regulación internacional es importante para las empresas exportadoras de productos, en tanto brinda principios orientadores para un mejor cumplimiento de las normas de los países de destino. Queda pendiente la tarea de facilitar el cumplimiento de dichos principios y regulaciones a las pequeñas y medianas empresas.

NORMATIVA NACIONAL Y LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

El derecho a un medio ambiente libre de contaminación está garantizado constitucionalmente. Es deber del Estado "velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza" (art. 19 Nº 8). Existen diferentes

8 Ratificada por Chile en 1990.

9 A/HRC/17/31. El INDH también ha analizado los desarrollos en este ámbito. Ver "Cuadernillo de temas emergentes: empresas y Derechos Humanos", 2012.

actividades propias de la vida cotidiana de las personas, como trabajar o asistir a un establecimiento educacional, que pueden verse impactadas cuando este derecho es vulnerado por altos niveles de contaminación. Al respecto, la Constitución indica que "[n]inguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas" (art. 19 Nº 16); mientras que en el derecho a la protección de la salud, "[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud […]" (art.19 Nº 9). El Estado puede "establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente" (art. 19 Nº 8). De este modo, al Estado le corresponde tanto velar por el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, como por los restantes que pueden eventualmente verse afectados como consecuencia de la contaminación.

Por su parte, "[n]uestro país cuenta con legislación medioambiental específica desde 1994, año en que se adoptó la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. La norma fue objeto de una importante reforma en 2010, con la promulgación de la Ley Nº 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Estas disposiciones junto con la Ley sobre transparencia y acceso a la información pública constituyen la base normativa" del país en estas materias (INDH, 2011a, pág.165)[10].

En cuanto al diseño institucional en materia ambiental, el Ministerio del Medio Ambiente se ubica a la cabeza, a cargo de definir las políticas y normas de regulación ambiental. Este ministerio es apoyado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, instancia multisectorial que aprueba dichas políticas y regulación. El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), por su parte, es el encargado de la gestión ambiental, específicamente de la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). El objetivo último del SEIA es evaluar los impactos ambientales que pudieran generar estas iniciativas, de manera de establecer medidas de mitigación y/o compensación necesarias para que puedan desarrollarse. Este sistema considera dos modalidades de evaluación: la declaración de impacto ambiental (DIA) y el estudio de impacto ambiental (EIA), este último reservado a iniciativas que presentan efectos adversos según el art. 11 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente[11] (INDH, 2012b, pág. 28).

Junto a esta institucionalidad existe la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), instrumento de gestión ambiental incluido en la Ley 20.417. La idea es contribuir al desarrollo sustentable del país por medio de la integración de la dimensión ambiental de forma voluntaria en la formulación de políticas y planes, y de forma obligatoria en los diferentes instrumentos de ordenamiento territorial[12]. En junio de 2014 el reglamento de EAE fue aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y actualmente se espera que Contraloría tome razón del reglamento para su publicación (Minería Chilena, 2014).

Respecto de la Superintendencia (SMA), es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la

10 Al 11 de noviembre de 2014 se encuentran en tramitación dos Proyectos de Ley para modificar el artículo 19 Nº 8 y el artículo 20 de la Constitución (Boletines Nº 1950-07 y Nº 5730-07). También existen Proyectos de Ley para modificar la tipificación y sanciones de delitos contra el medio ambiente (Boletines Nº 4256-12, Nº 6048-07, Nº 8920-07, Nº 9367-12) y para modificar la Ley 19.300 (Boletines Nº 9710-12, Nº 9587-12, Nº 9397-12, Nº 9338-12, Nº 8780-12, Nº 8732-12, Nº 8689-12, Nº 8453-12, Nº 8450-12, Nº 8454-12, Nº 8416-12, Nº 8408-12, Nº 8319-12, Nº 8116-12, Nº 7730-12, Nº 7599-12, Nº 7280-12, Nº 7182-12, Nº 2830-12, Nº 2703-12).

11 Según su artículo 11: Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos; efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluido el suelo, agua y aire; reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona; alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

12 Como planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas.

República mediante el Ministerio de Medio Ambiente. La SMA coordina de forma exclusiva un sistema único de fiscalización ambiental, el que se encuentra organizado en tres macrozonas, cada una con una sede[13], no teniendo representación en todas las regiones[14]. En su función fiscalizadora le corresponde verificar el cumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), Normas de Calidad, Normas de Emisión, Planes de Prevención y/o Descontaminación, Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación.

Junto a la función fiscalizadora, la Superintendencia tiene una función sancionadora[15]; cuando esta toma conocimiento de un incumplimiento (por fiscalización, denuncia de un tercero o autodenuncia), la entidad infractora debe presentar un programa con actividades y metas de cumplimiento, en el plazo de 10 días. Si no lo hace, las multas pueden doblar la infracción original[16]. Las sanciones a infracciones son incluidas en el Registro Público de Sanciones, al que se puede acceder por Internet, lo que transparenta el proceso, contribuyendo al derecho de acceso a la información pública.

A esta institucionalidad administrativa se añadieron los Tribunales Ambientales (TA) creados por la Ley 20.600 (2012). "[S]on órganos jurisdiccionales especiales, [...] cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento" (art. 1). Su implementación fue progresiva[17], partiendo en diciembre de 2012 con la constitución del Segundo Tribunal Ambiental en Santiago. Actualmente solo se encuentra operativo este tribunal y el Tercer TA de Valdivia, por lo que el INDH manifiesta su preocupación por la tardanza en la instalación del Primer TA de Antofagasta. Mientras este último no se encuentre operativo, el TA de Santiago lleva sus causas, como se indica en la Ley 20.749 que modifica la Ley 20.600 en materia de subrogación.

Uno de los elementos positivos de estos tribunales es su composición mixta, estando integrados por ministros juristas y científicos. A los tres ministros titulares, dos abogados/as especializados en derecho administrativo o ambiental y uno licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales (art. 2, inc.1), se suma un suplente de cada especialidad. Los ministros titulares pueden permanecer seis años en sus cargos, con posible renovación de dos períodos sucesivos (art. 2.b). A estos ministros se suman los profesionales de la planta administrativa, considerándose abogados/as, un profesional del ámbito económico y otro del ámbito de las ciencias.

En términos generales, estos tribunales son competentes "para conocer de recursos de reclamación judicial contra diversos actos de órganos del Estado que ejercen la función ambiental estatal, relacionados con instrumentos de gestión ambiental" (Boettiger, 2014, págs. 295 y 296), o sea, conocen la reclamación de un acto administrativo. "El único caso en que actúa con competencia judicial directa, no de revisión, sino de conocimiento directo de la causa, es en la acción de reparación de daño ambiental" (Boettiger, 2014, pág. 295). En caso de existir una contienda de competencia entre los Tribunales Ambientales o con otros tribunales, será la Corte Suprema la que deba resolverlo (art. 28 Ley 20.600)[18].

13 Macrozona Norte (sede en Antofagasta): Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama. Macrozona Centro (sede en Santiago): Copiapó, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Maule. Macrozona Sur (sede en Valdivia): La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes.

14 En entrevista del INDH con el Subsecretario Marcelo Mena, el día 25 de agosto de 2014, este señaló la escasez de personal que posee la SMA para su función fiscalizadora y sancionadora. En la Cuenta Pública de la SMA (2014) se menciona que poseen 91 funcionarios/as (de planta o a contrata) y 28 profesionales a honorarios.

15 La que considerará los siguientes factores: la importancia del daño causado o el peligro ocasionado; el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor y su capacidad económica (art.38, 39 y 40, Ley 20.417).

16 Actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley sobre el destino de las multas impuestas por la SMA (Boletín Nº 9562-12).

17 Cada TA es competente territorialmente de la siguiente forma. Primer Tribunal ambiental (5 regiones): Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo. Segundo Tribunal ambiental: Valparaíso, Metropolitana, del Libertador General Bernardo O´Higgins y del Maule (4 regiones). Tercer Tribunal ambiental (6 regiones): Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena.

18 Puede que este sea el caso de HidroAysén, que ante el rechazo de su Resolución de Calificación Ambiental, presentó un reclamo al TA de Santiago (13 de agosto de 2014) y al TA de Valdivia (26 de agosto de 2014). El problema es que si se rechaza la acumulación de ambos procesos, las sentencias de los TA podrían presentar decisiones contradictorias (Nueva Minería y Energía, 2014).

NUEVA INSTITUCIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EN MEDIO AMBIENTE

Ministerio del Medio Ambiente
Política y Regulación
Consejo de Ministros para la Sustentabilidad
Políticas
Corte Suprema
Superintendencia directiva, correccional y económica
Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas
Servicio de Evaluación Ambiental
Gestión Administración SEIA
Superintendencia del Medio Ambiente
Fiscalización, sanciones y seguimiento
Tribunal Ambiental
Resolución de controversias ambientales
Instancia Administrativa
Instancia Judicial

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Boettiger (2010) y www.tribunalambiental.cl

En el detalle, un primer tipo de causas que conocen son las "reclamaciones", que buscan determinar la ilegalidad de ciertos actos administrativos y normas dictadas por distintos organismos con competencia ambiental[19], como el establecimiento de normas de calidad ambiental y de emisión, la declaración de zonas del territorio como latentes o saturadas[20], y el establecimiento de planes de prevención o de descontaminación. Un segundo tipo de causa son las "solicitudes de autorización", que son realizadas por la SMA, respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la SMA (art. 17 Ley 20.600), que se pueden reclamar por ilegalidad (art. 56 y 57 Ley 20.417). Un tercer tipo son las "demandas por daño ambiental", dirigidas a un demandado/a para que repare materialmente el daño causado al medio ambiente; acá también se incluyen aquellas reclamaciones en contra de resoluciones que haya adoptado la SMA. Respecto de la reparación de los daños ambientales, la Ley 20.600 indica que "no podrá ser objeto de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado" (art. 44). Y en caso de que se busque indemnización por los perjuicios generados, será competente el Juzgado de Letras en lo Civil del lugar donde se produjo el daño ambiental (art. 46).

Como conclusión de lo anterior, los TA operan como un mecanismo de control judicial de los actos de la administración medioambiental. Sin embargo, la Ley 20.600 exige el agotamiento de la vía administrativa antes de generar una reclamación judicial en los TA. En este sentido, el TA se pronuncia sobre las resoluciones de aspectos que ya han sido reclamados administrativamente. Entonces, no se le puede solicitar a los TA conocer directamente una Resolución de Calificación Ambiental o que invalide un acto administrativo de carácter ambiental. Por el contrario, los TA se pronunciarán sobre las resoluciones de las autoridades medioambientales (Boettiger, 2014).

Cada sentencia emitida por los TA debe explicitar los fundamentos técnico-ambientales que se consideran en el pronunciamiento de su decisión (art. 25 Ley 20.600), lo que constituye una exigencia adicional al contenido que deben tener las sentencias (Código de Procedimiento Civil, art. 170). Según la Ley de TA, se podrá interponer un recurso

19 Como Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros, entre otros.

20 La Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, define "[z]ona Latente: aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo, se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental" (art. 2, letra t) y "[z]ona Saturada: aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas" (art. 2, letra u).

de apelación ante la Corte de Apelaciones correspondiente, contra aquellas "resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación" (art. 26). Mientras que contra las sentencias definitivas se podrá interponer un recurso de casación en el fondo, y solo por algunas causales un recurso de casación en la forma (incompetencia del tribunal, ultrapetita, decisiones contradictorias y cosa juzgada), incluyendo la falta de fundamentación técnico-ambiental de la sentencia, o la infracción manifiesta a las normas de la sana crítica para la apreciación de la prueba (art. 26, inc. 3 y 4).

Cabe destacar que con el fin de resguardar los derechos de las personas que recurren a los TA, "el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares [...] necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. [...] El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente" (art. 24 Ley 20.600). De igual forma, las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Estas medidas tienden a ser acciones que mantengan (conservativas) o modifiquen (innovativas) el estado de hecho o de derecho existente. Podrán ser tomadas por iniciativa del Tribunal o por solicitud de otra persona (requirente), quien deberá adjuntar los antecedentes (prueba documental) que acrediten los hechos denunciados, tal que "[e]l Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse" (art. 24, inc. 3).

Todo organismo de la administración del Estado y toda persona natural o jurídica puede constituirse como parte de una "controversia ambiental"[21]. También pueden participar de las causas personas o agrupaciones que, sin ser parte del proceso, tengan un interés especial en la resolución del litigio. Una de las herramientas por medio de las cuales se puede participar en los procesos se conoce como *amicus curiae*, y en el caso de los TA, deben presentarse por escrito y con patrocinio de un abogado (art. 19 Ley 20.600). El INDH valora la incorporación de este instrumento, especialmente cuando otras instancias judiciales[22] se han mostrado renuentes a aceptar la participación de terceros (y en particular del INDH) en temas que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso. Por lo demás, es reconocido que los *amicus curiae* favorecen y nutren el debate público, otorgando mayor legitimidad a las sentencias (Abregú y Courtis, 1997).

Se encuentra pendiente la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Esta "iniciativa tiene por objeto la conservación de la diversidad biológica del país, a través de la preservación, restauración y uso sustentable de las especies y ecosistemas, con énfasis en aquellos de alto valor ambiental o que, por su condición de amenaza o degradación, requieren de medidas para su conservación" (Senado, 2014)[23].

SITUACIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: ZONAS DE SACRIFICO

Pese a la nueva institucionalidad, los conflictos medioambientales persisten y las personas que habitan en las localidades donde ellos ocurren aún no ven soluciones efectivas.

El concepto de zonas de sacrificio comienza a utilizarse en el país desde 2012. Proveniente de Estados Unidos, en sus orígenes se utilizó para designar zonas donde confluían prácticas ambientales agresivas, afectando fundamentalmente a poblaciones de bajos ingresos y pertenecientes a minorías étnicas, que no tenían la oportunidad de cuestionar en la esfera pública los efectos de la distribución desigual de la polución y de la protección ambiental (Núñez, 2007, pág. 20). En el caso de Chile, "[a]demás de estar ubicadas

21 Las Reclamaciones pueden ser realizadas por cualquier persona natural o jurídica que tenga interés o considere que haya sido perjudicada (art.18 Ley 20.600). Las Demandas por Daño Ambiental pueden interponerse por cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido daño o perjuicio; por las municipalidades; y por el Estado, mediante el Consejo de Defensa del Estado.

22 Es el caso de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Santiago, que el día 25 de junio de 2014 resolvió "todo no ha lugar. Prescíndase del informe y devuélvase", respecto de un *amicus curiae* redactado por el INDH para el caso del proyecto minero "El Morro" (Rol Nº 11.299-2014).

23 Actualmente en primer trámite constitucional (Boletín Nº 9404-12).

en la costa, todas estas localidades comparten el hecho de ser zonas altamente industrializadas [...]. Sus habitantes generalmente viven en situación de pobreza y carecen de redes políticas para defenderse de la instalación de nuevas empresas" (Oceana, sitio *web*).

Las localidades de Chile identificadas por el propio gobierno como zonas de sacrificio son cinco: Tocopilla y Mejillones en la Región de Antofagasta, Huasco en la Región de Atacama, la bahía de Quintero en la Región de Valparaíso, y Coronel en la Región de Biobío[24]. La mayoría de estas zonas, o algunas de sus comunas, forman parte de los "Planes de Descontaminación: Estrategia 2014-2018". Sin embargo, en este documento se hace un análisis de la situación y se establece un cronograma, pero se debe considerar que desde el momento en que se gatilla la elaboración de un Plan de Descontaminación hasta que este entra en funcionamiento transcurren como mínimo cuatro años[25]. Además, el Ministerio del Medio Ambiente lanzó el Plan de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables, que ya fue presentado en Tierra Amarilla, Huasco, la bahía de Quintero y Coronel. Como parte del plan, cada zona contempla la creación de un Consejo para la recuperación ambiental y social[26], el cual propondrá un Programa de Recuperación que sería sometido a plebiscito, de forma que la propia ciudadanía priorice sus necesidades.

Se presentan a continuación dos casos en los que el INDH, por medio de sus diferentes instrumentos, ha podido constatar una contaminación sistemática que incide en la vulneración de diversos derechos fundamentales.

24 Entrevista con el Subsecretario de Medio Ambiente, Marcelo Mena, realizada por el INDH el 25 de agosto de 2014.

25 Esta estimación se hace en función del requerimiento de tres años de monitoreo de la norma anual para declarar una zona saturada o latente, y posteriormente iniciar el proceso de formulación de un plan de descontaminación o prevención, que demora al menos otros 16 meses (Ministerio del Medio Ambiente, 2014b, pág.13-14).

26 Coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente e integrado por autoridades políticas, organismos públicos regionales y municipales, organizaciones de la sociedad civil presentes en el territorio e industrias de la zona. Este Consejo ya fue constituido en Quintero y Puchuncaví, el día 22 de septiembre de 2014, quedando constituido por 11 representantes de la sociedad civil, seis representantes del sector productivo local, tres representantes del sector empresarial y seis representantes del sector público.

LA ZONA DE SACRIFICIO DE "BAHÍA DE QUINTERO", REGIÓN DE VALPARAÍSO

La bahía de Quintero corresponde administrativamente a las comunas de Quintero y Puchuncaví. La industrialización de la bahía comienza con la instalación de la planta termoeléctrica CHILGENER en 1958 (luego AES GENER). En 1964 comienza a funcionar la central termoeléctrica Ventanas I y la Refinería y Fundición Ventanas de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), actualmente CODELCO Ventanas. Al conjunto de industrias existentes en el sector se le conoce como Parque industrial Ventanas (Cámara de Diputados, 2011).

Las consecuencias de la contaminación ya se visualizaban en la década de 1970. Sin embargo, las primeras medidas comienzan a tomarse con el regreso a la democracia. En 1992, el Ministerio de Minería aprobó el Plan de Descontaminación, aplicable solo a dos de las empresas que funcionaban en ese entonces: CODELCO Ventanas (ex-ENAMI) y AES GENER (ex-CHILGENER)[27]. El mismo año se aprobó la instalación de una red de monitoreo permanente de la calidad del aire en la zona[28]. Debido a las concentraciones de material particulado respirable (MP10 o PM10) y dióxido de azufre (SO_2), al año siguiente el Ministerio de Agricultura declaró zona saturada el entorno del parque industrial Ventanas[29].

A pesar de la condición de zona saturada continuaron instalándose nuevas industrias en la bahía de Quintero. Incluso, algunas de ellas calificadas como peligrosas o contaminantes por la Seremi de Salud de Valparaíso[30]. Según el informe realizado por la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente para la Cámara de Diputados (2011), esto fue posible por las modificaciones realizadas al Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso entre 1984 y 2002, que permitieron aumentar la superficie de

27 Decreto Supremo Nº 252, del 30 de septiembre de 1992.

28 Decreto supremo Nº 185/91, del Ministerio de Minería.

29 Decreto supremo Nº 346/93, Ministerio de Agricultura.

30 Según el D.S. Nº 47/92 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, "[l]os establecimientos industriales o de bodegaje serán calificados caso a caso por la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, en consideración a los riesgos que su funcionamiento pueda causar a sus trabajadores, vecindario y comunidad" (artículo 4.14.2), existiendo cuatro categorías: peligroso, insalubre o contaminante, molesto e inofensivo.

terreno para actividades molestas y contaminantes[31]. El crecimiento desmedido del parque industrial "ratifica la falta de planificación al concentrar industrias y servicios de carácter contaminante, […] sin haber tomado los resguardos correspondientes hacia las personas y el entorno, como debe ser un desarrollo equilibrado y sustentable" (Cámara de Diputados, 2011, pág. 89).

La contaminación de suelo, aire y agua es evidente en la bahía. Estudios de 1985 ya constataban la presencia de arsénico, cadmio, cobre, manganeso, hierro, plomo, níquel y zinc en la zona (Cámara de Diputados, 2011, pág. 56). Según un estudio de la organización OCEANA, en mariscos y crustáceos hay cobre, arsénico y cadmio (Oceana, sitio *web*)[32]. Estos elementos tóxicos, "en el tiempo conducen a una intoxicación crónica, o sea, que no provoca la muerte instantánea, pero su asimilación y depósito en las vísceras humanas produce una degradación del hígado, los riñones, el estómago, los pulmones, el corazón en su funcionamiento, lo que daña, mina y acorta la calidad y tiempo de vida" (Cámara de Diputados, 2011, pág. 56)[33].

En 1996, los elementos tóxicos que emanaban de la chimenea de ENAMI (MP10) se dispersaban y depositaban en un radio de hasta 10 kilómetros (Cámara de Diputados, 2011, pág. 57). Además, "puede haber episodios de lapsos cortos que generan daño, que a lo mejor no se reflejan en la estadística anual, pero son suficientes para causarles problemas a las personas que viven ahí" (Cámara de Diputados, 2011, pág. 58). Prueba de ello es la intoxicación en la Escuela La Greda de Puchuncaví y en otros establecimientos de la comuna de Quintero el año 2011 (INDH, 2011a; 2011b).

Frente a los hechos, la Seremi de Salud de Valparaíso realizó un sumario sanitario en el 2011[34] y en 2012 emitió un informe sanitario desfavorable para CODELCO, lo que condicionaba su obtención de patente municipal[35]. El municipio otorgó diversos plazos a la empresa para que revirtiera la situación[36], pero finalmente renovó la patente, sin un informe sanitario favorable por parte de la Seremi[37]. El informe de la Cámara de Diputados reprocha este proceder, que da muestra de la descoordinación entre la autoridad sanitaria y los municipios, "desatendiendo las obligaciones de incorporar, solicitar e introducir *a priori* documentos vinculantes como los informes sanitarios o de calificación industrial, diseñados específicamente para evaluar riesgos y mitigar efectos previo a la construcción y funcionamiento de las industrias respectivas" (Cámara de Diputados, 2011, pág. 90).

Por el lado de la SMA, también se han generado fiscalizaciones a CODELCO Ventanas. De hecho, se han solicitado medidas provisionales a los Tribunales Ambientales (TA), pues la SMA detectó que se estaban ejecutando actividades en sectores que deberían contar con una evaluación en el SEIA[38]. "Si bien en un inicio el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental (Roles S-1-2013 y S-3-2013) consideró como suficiente este argumento para autorizar la adopción de medidas provisionales, en los últimos casos ha exigido un estándar mayor" (SMA, 2014, pág. 85), haciendo referencia al rechazo de la última solicitud de medidas provisionales (Rol S -6-2013).

Miembros de organizaciones como el Sindicato de Pescadores de Ventanas y el Movimiento de Comunidades por el Derecho a la Vida[39] perciben que no existe un debido acceso a la justicia ambiental, pues señalan que las acciones judiciales que han interpuesto son desestimadas por los tribunales de justicia, cuando aún los TA no entraban en operaciones. Además, dan a conocer casos donde instancias administrativas y judiciales han rechazado proyectos, pero

31 Plan Regulador de 1965, aprobado por Decreto Nº 30 de 1965, Ministerio de Obras Públicas.

32 El estudio consistió en un muestreo de almejas, lapas, locos y jaibas de cuatro puntos aledaños a Ventanas. La toma de muestras fue realizada con la ayuda de pescadores artesanales de la caleta Ventanas, bajo la supervisión de un técnico del laboratorio GCL de la Fundación Chile. http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/mas-informacion/zonas-de-sacrificio-medicion-de-metales-en-mariscos-y-crus

33 En la página *web* de la organización local Dunas de Ritoque existe información sobre la problemática que afecta a la zona. Ver http://www.dunasderitoque.org/

34 Sumario sanitario Nº 153-2011, Seremi de Salud Región de Valparaíso.

35 Resolución Nº 907 de la Seremi de Salud de Valparaíso, del 18 de abril de 2012.

36 Decreto Alcaldicio Nº 1335 del 4 de agosto de 2011.

37 Decreto Alcaldicio Nº 1389, del 31 de julio de 2012.

38 La SMA menciona que se solicitó "al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental autorización judicial para decretar la medida provisional de clausura temporal y parcial de las modificaciones, obras y actividades desarrolladas en los sitios 'Sector Botadero' y 'Sector Depósito de Seguridad' de la Fundición y Refinería Ventanas, de Codelco Chile División Ventanas" (SMA, 2014, pág. 85).

39 Organizaciones entrevistadas por el INDH el 18 de julio y 3 de agosto de 2014, respectivamente.

modificaciones a las leyes han permitido finalmente que se dé curso a los proyectos[40], a lo que añaden la preocupación porque las autoridades tampoco habrían transmitido información clara acerca de qué acciones puede tomar la comunidad cuando las empresas superan la norma de emisiones o frente a eventuales emergencias ambientales[41].

LA ZONA DE SACRIFICIO DEL VALLE DE HUASCO, TERCERA REGIÓN DE ATACAMA

Desde 1978 la Compañía Minera del Pacífico (CMP) traslada su material por las vías férreas aledañas a Huasco. La primera central termoeléctrica comenzó a funcionar en 1977. Actualmente, existen allí dos centrales, Térmica Huasco (ENDESA) y Guacolda (Guacolda S.A), más una que entrará en funcionamiento prontamente, llamada Punta Alcalde (ENDESA).

Las termoeléctricas necesitan succionar grandes cantidades de agua de mar, produciendo la muerte de plancton y larvas de moluscos, lo que junto al aumento de la temperatura que el mismo proceso genera en el agua, ocasiona una alteración de los ecosistemas marinos y su biodiversidad (Ramírez, 2009). Además funcionan quemando petróleo diesel e IFO 180 (derivado del petróleo), carbón o una mezcla de carbón y *petcoke*[42].

"El Valle de Huasco se encuentra calificado por el Ministerio de Medio Ambiente como 'Zona Latente'[43], desde mayo de 2012 por la norma de material particulado (PM10), tras ser evaluado entre 2007 y 2010. Sin embargo, los mismos datos que gatillaron esta medida también revelaron que el valle debió ser declarado 'Zona Saturada', entre 2002 y 2005, pues mostró mayores índices de contaminación de los que actualmente posee[44], según información que entregó el jefe de División de Asuntos Atmosféricos del Ministerio del Medio Ambiente" (Rojas, 2012).

Cuando una zona es declarada "latente", significa que no se deben aumentar los niveles de contaminación del aire, de forma que se deben tomar las medidas preventivas necesarias. De ahí que uno de los mayores cuestionamientos al proyecto Punta Alcalde, ingresado el 27 de febrero de 2009 al SEIA, fuera "el hecho de que esta termoeléctrica impactaría en una zona ya contaminada" (INDH, 2012d, pág. 94).

En la revisión realizada por el SEIA, el proyecto Punta Alcalde recibió en total cinco Informes Consolidados de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA) por parte de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama. La Comisión concluyó que ENDESA no había presentado los antecedentes suficientes para descartar efectos adversos significativos sobre el medio ambiente y la población[45], lo que conllevó al rechazo del Estudio de Impacto Ambiental y, con ello, del proyecto a nivel regional (INDH, 2012d).

A raíz de esto, Endesa presentó un recurso de reclamación ante el Comité de Ministros[46], el cual en diciembre de 2012 acogió parcialmente este recurso, y con ello dio luz verde al proyecto basándose en "el cumplimiento de nuevas exigencias a la empresa que permitieran asegurar la reducción

40 Es el caso de la Central Termoeléctrica Campiche (AES Gener) el año 2008. En dicha oportunidad el proyecto había sido aprobado por la entonces Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA), a pesar de que la central sería construida en una zona definida por el plano regulador como "área verde" y que por ende, no se podía utilizar. La comunidad impugna la decisión de la COREMA ante la Contraloría y se confirma la ilegalidad de la aprobación (Dictamen 59.8222, de 17 de diciembre de 2008). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol 317- 2008, Sentencia 8 de enero de 2009) y la Corte Suprema (Rol 1219- 2009, Sentencia 22 de junio de 2009) reafirman lo señalado por el órgano Contralor y ordenan la paralización del proyecto. Sin embargo, "el día 31 de diciembre del 2009 se publicó en el Diario Oficial bajo la firma del entonces vicepresidente de la República, Edmundo Pérez Yoma, un decreto que modificó la ley mediante el cual se autorizaba la construcción de empresas en zonas que tenían calificación de área verde, lo que a la larga permitió la puesta en marcha de la central Campiche" (BiobioChile, 2013).

41 Entrevista realizada por el INDH a dirigentes de Movimiento de Comunidades por la Vida, el 3 de agosto de 2014.

42 El *petcoke* es un residuo del proceso de refinamiento del petróleo. Se caracteriza desde un punto de vista fisicoquímico, por ser un sólido poroso de color negro o gris oscuro que contiene altas cantidades de azufre y metales pesados, como níquel y vanadio (CECADES, 2007).

43 Decreto Supremo Nº 40 del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 23 de mayo de 2012.

44 Las estaciones de monitoreo llamadas "EME E" y "EME F", encargadas de la medición de MP10 en la zona, registraron emisiones contaminantes entre los años 2002 y 2005 que superaron los 50 ug/m^3 (Rojas, 2012).

45 Como consta en Expediente de Evaluación Ambiental, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=3582244

46 Ver institucionalidad descrita en la segunda parte del capítulo. Este Comité estaba presidido por el subsecretario de Medio Ambiente, Ricardo Irarrázabal, y compuesto por los ministros Jorge Mañalich (MINSAL), Hernán de Solminihac (Minería), Jorge Bunster (Energía), Luis Mayol (Agricultura) y Pablo Longueira (Economía).

de emisiones en todo el valle de Huasco" (SEA, sin fecha). Esto generó que la comunidad interpusiera un recurso de protección contra el Comité, en la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual fue acogido con fecha 1 de agosto de 2013[47]. Sin embargo, Endesa apeló ante la Corte Suprema[48], la que resolvió dejar sin efecto la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones, confirmándose la aprobación del proyecto Punta Alcalde en enero de 2014.

En Huasco, los grupos organizados han participado en las instancias administrativas de la nueva institucionalidad. Sin embargo, según sus opiniones, se les percibe como instancias poco fructíferas, insuficientes y poco vinculantes, debido a los conocimientos técnicos que se requieren para efectuar observaciones y el poco peso que dichas observaciones tienen finalmente. Además, algunas instancias se transforman en espacios de negociación reducidos, en los que finalmente se acuerdan incentivos económicos y/o materiales menores para la población, sin abordar el tema de fondo: la recomposición ambiental y social de los territorios afectados por la contaminación[49].

En este sentido, a nivel local se debe evaluar el rol que les compete y las herramientas que poseen las municipalidades en el resguardo al derecho a un medio ambiente libre de contaminación (Plan Regulador, otorgamiento de patentes municipales, etc.). Mientras que a nivel regional, se debería potenciar el rol de las Seremis de Salud en cuanto autoridad sanitaria y ambiental que autoriza las actividades comerciales donde se manipulan sustancias peligrosas, de forma que sea efectivamente vinculante para la obtención de la patente municipal.

Cabe destacar que tanto la población de Puchuncaví, Quintero, Huasco y de otras zonas de sacrificio ya ha recurrido a los nuevos Tribunales Ambientales. Incluso existe una acción presentada en conjunto por organizaciones sociales de Tocopilla, Quintero y Puchuncaví, ingresada el 16 de enero de 2014, ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, con el objetivo de anular la "Norma de calidad primaria para material particulado respirable MP10, en especial de los valores que definen situaciones de emergencia" (Decreto Supremo Nº 20 de 2013). Actualmente esta causa está en proceso[50]. Paralelamente la Contraloría General de la República ordenó al Ministerio de Medio Ambiente realizar un proceso de revisión de la norma de MP 10 (El Dínamo, 2014).

IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

El Tribunal Ambiental de Santiago se estableció el día 28 de diciembre de 2012. Le siguió el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, el día 7 de octubre de 2013[51], mientras que el Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta no se ha constituido aún, pues ha tenido dificultades para encontrar profesionales idóneos a los cargos solicitados, de forma que el TA de Santiago lleva las causas correspondientes a esa jurisdicción (Servicio Civil, 2014).

En este sentido, resulta preocupante la escasa cantidad y preparación de profesionales abogados/as con conocimiento en derecho ambiental, y que se encuentren disponibles para trabajar y radicarse en las diversas regiones del país. En parte, este es el caso del Primer TA, cuya situación podría repetirse cuando deban renovarse los cargos. De nada sirven tribunales consignados por ley, si no cuentan con los/as profesionales mínimos para operar en la práctica. La vulneración del derecho al acceso a la justicia es evidente[52].

De esta manera, durante 2013, el Primer TA de Santiago llevó casi todas las causas a nivel nacional, en espera de que los otros dos tribunales entraran en funcionamiento. Este TA gestionó ese año un total nacional de 34 procedimientos[53] (Tribunal Ambiental de Santiago, 2014). Esta demanda se ha

47 Causa rol 8413-2013.

48 Causa rol 6563-2013 de la Corte de Suprema, del 17 de enero de 2014.

49 Representante de SOS Huasco, entrevista realizada en julio de 2014.

50 Causal rol R-22-2014.

51 La fecha corresponde al día de constitución de los tribunales. Sus actividades jurisdiccionales inician el 04 de marzo y el 9 de diciembre de 2013 respectivamente.

52 Al respecto, el ministro titular, Jorge Retamal (Tercer TA de Valdivia), afirma: "la entrada en vigencia de tribunales multidisciplinarios como el nuestro, debiera redundar en un cambio en el enfoque académico de la enseñanza del Derecho [...] Así, ramas como el derecho ambiental hacen necesaria la transdisciplinariedad de los análisis y la formación de equipos en los cuales la clave sea el trabajo compartido en que todas las ciencias, naturales, sociales, económicas y jurídicas confluyan en un solo objetivo [...], de manera de abarcar todas las aristas de los problemas ambientales, en forma integral [...]" (Retamal, 2014).

53 2 Consultas, 6 Solicitudes de la SMA, 7 Demandas por daño ambiental y 19 Reclamaciones. El Tercer Tribunal Ambiental, solo tuvo una Reclamación el año 2013, ingresada el 18 de diciembre, según su sitio *web*, la que no se contabiliza entre los 34 procedimientos.

incrementado al menos un 20% en un año, pues hasta el 15 de octubre de 2014 se habían realizado 51 procedimientos en el país (37 del Segundo TA y 14 del Tercer TA)[54].

PROCEDIMIENTOS REALIZADOS POR EL SEGUNDO Y TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL EN 2014

PROCEDIMIENTO	SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO	TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA	TOTAL
Consulta	0	0	0
Solicitud SMA	2	3	5
Demanda por daño ambiental	5	3	8
Reclamación	30	8	38
Total	**37**	**14**	**51**

Fuente: Elaboración propia según información contenida en páginas *web* de cada Tribunal Ambiental, hasta el día el 15 de octubre 2014. A esa fecha, el Primer TA no poseía sitio electrónico por no encontrarse constituido.

En relación con la suficiencia de tres Tribunales Ambientales para la demanda nacional, se mantiene la preocupación sostenida en 2012 por el INDH, en especial cuando no todas las personas poseen los medios económicos para trasladarse a las comunas de localización de los TA (INDH, 2012a, pág. 245). En este marco se valora que el Tercer TA sesione de forma regular fuera de su lugar de asiento, en Valdivia[55] (Hantke, 2014), medida que deberían considerar los otros dos tribunales. En una situación similar se encuentra la SMA, en su rol de fiscalización, pues solo posee tres sedes a nivel nacional. A esto se suma su dependencia de una autoridad política, lo que constituye un diseño institucional inconveniente para cualquier órgano que tenga funciones fiscalizadoras, a los fines de resguardar adecuadamente su autonomía.

Si bien los tiempos de las causas parecen ser breves[56], se debe considerar que muchas de las partes ya han pasado por procesos administrativos que pueden tomar al menos un año, o que ya han pasado por tribunales con competencias en otras materias. Al respecto, es menester que se resuelva el proceso de "ajuste normativo" o "duplicidad cautelar" entre los recursos de protección, interpuestos ante la Corte de Apelación, y las medidas cautelares que puede tomar el Tribunal Ambiental (Boettiger, 2014, pág. 299)[57].

También resulta preocupante la tendencia de algunas Cortes de Apelaciones que, conociendo recursos de protección, justifican el rechazo de los mismos en atención a que las contiendas medioambientales hallarían su foro natural en los TA. En efecto, siguiendo el criterio anunciado en abril de 2014 para una disputa sobre un proyecto inmobiliario, la Tercera Sala de la Corte Suprema afirmó, durante mayo y en el contexto de un recurso de protección por supuestas ilegalidades vinculadas a la falta de una consulta indígena, que el foro natural de estas controversias deberían ser los tribunales ambientales[58].

54 La información se obtuvo de los sitios electrónicos de cada tribunal, registrada hasta el día 15 de octubre de 2014.

55 El Tercer Tribunal Ambiental sesionó por primera vez fuera de Valdivia el día 3 de septiembre de 2014, en dependencias facilitadas por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas (Hantke, 2014).

56 "En cuanto a la duración promedio de causas, en el caso de las consultas fue de 40 días corridos entre el ingreso y la dictación de la sentencia; las solicitudes de autorización se resolvieron en menos de 12 horas –en promedio–; y los procedimientos de reclamación ya finalizados tomaron 70 días en promedio, desde la fecha de ingreso a la dictación de la sentencia o resolución de término" (Tribunal Ambiental de Santiago, 2014, pág. 3).

57 Esta situación también fue confirmada por la exministra de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte, quien sostuvo en el seminario "A dos años de la Ley de Tribunales Ambientales" (realizado el 17 de junio de 2014), que "el recurso de protección en relación a impugnación de Resolución de Calificación Ambiental (RCA) no prosperará si no se establece el quebrantamiento de una garantía que haya de restablecerse mediante la acción de protección intentada […]. Si la ilegalidad significa una garantía constitucional afectada, entonces iremos a la Corte Suprema, porque conocerá el quebrantamiento de la garantía y tomará las medidas adecuadas. Si lo que estamos hablando es una ilegalidad que significa un acto contrario a derecho, que puede ser recurrido mediante invalidación o mediante reclamación si estamos en presencia de la resolución dictada por la Comisión de Evaluación, entonces serán los Tribunales Ambientales los llamados a intervenir".

58 Corte Suprema, rol Nº 2892-2014, 29 de abril de 2014, *"Junta de Vecinos JJ. VV c. Comisión de Evaluación Ambiental V Región"* (Costa Laguna). En la misma línea ver también Corte Suprema, rol Nº 1097-2013, 22 de mayo de 2014, *"Consejo de Pueblos Atacameños y otros c. Comisión de Evaluación Ambiental II Región"*(Planta de Secado y Compactado SQM).

De este modo, las leyes pueden tener una evaluación positiva por parte de los operadores del sistema, y la nueva institucionalidad judicial puede estar funcionando eficientemente, pero si las instancias administrativas no actúan conforme a derecho, y además las personas se encuentran obligadas por ley a recurrir a esas instancias primero antes que a las judiciales, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y el acceso a la justicia ambiental seguirán siendo vulnerados.

2

BIBLIOGRAFÍA

24 horas (6 de diciembre de 2012). *Aprobación de Punta Alcalde abre debate*. Recuperado el 30 de julio de 2014, de http://www.24horas.cl/nacional/diputados-buscan-transparentar-consejo-de-ministros-419840

Abregú, M. y Courtis, Ch. (1997). Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. En: Abregú, M. y Courtis, Ch. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Biobío (19 de marzo de 2013). *Movimientos sociales califican de 'vergonzosa' puesta en marcha termoeléctrica Campiche en Ventanas*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.biobiochile.cl/2013/03/19/movimientos-sociales-califican-de-vergonzosa-puesta-en-marcha-termoelectrica-campiche-en-ventanas.shtml

Boettiger, C. (2010). Nueva institucionalidad ambiental. *Actualidad Jurídica* Nº 22 - julio 2010, Universidad del Desarrollo, 429-454.

Boettiger, C. (2014). La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria. Actualidad Jurídica Nº 29 - Enero 2014, Universidad del Desarrollo, 291-304.

Bullard, R. (2000). *Dumping in Dixie: race, class and environmental quality.* Chapter 1. Boulder. Estados Unidos: Westview Press.

Cámara de Diputados de Chile. (2011). *Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el mandato otorgado por la sala a fin de analizar, indagar, investigar y determinar la participación de la empresa estatal Codelco y empresas asociadas, en la contaminación ambiental en la zona de Puchuncaví y Quintero.* 23 de noviembre de 2011.

Consejo Ecológico de Quintero y Puchuncaví (2006). *Situación Medio Ambiental de la bahía de Quintero (Comunas de Quintero y Puchuncaví)*, julio de 2006.

El Dínamo (8 de septiembre de 2014). *Ministerio de Medio Ambiente inició proceso de revisión de norma de calidad del aire de MP10.* Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de http://www.eldinamo.cl/2014/09/08/ministeriol-medio-ambiente-inicio-proceso-de-revision-de-norma-de-calidad-del-aire-de-mp10/?clickfrom=relacioncat

El Mostrador (12 de octubre de 2012). *Oceana lanza campaña que pide a Piñera terminar con "zonas de sacrificio" por contaminación industrial.* Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.elmostrador.cl/pais/2012/10/25/oceana-lanza-campana-que-pide-a-pinera-terminar-con-zonas-de-sacrificio-por-contaminacion-industrial/

Fundación Terram (2012). *Bahía de Quintero: Zona de Sacrificio. Una aporte desde la Justicia Ambiental,* noviembre de 2012.

Fundación Terram (17 de octubre de 2013). *Nueva investigación por intoxicación en zona de Puchuncaví.* Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.terram.cl/2013/10/17/nueva_investigacion_por_intoxicacion_en_zona_de_puchuncavi/

Godoy, Tapia & Carrera (2013). *Bahía de Quintero, Zona de Sacrificio Ambiental: Obligaciones Internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Análisis de la normativa ambiental de Derecho Interno.* APP Nº 58. Terram.

Hantke, M. (8 de septiembre de 2014). *El acceso a la justicia en los tribunales ambientales.* Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.tercertribunalambiental.cl/el-acceso-a-la-justicia-en-los-tribunales-ambientales/

INDH (2011a). Informe Anual 2011. *Situación de los Derechos Humanos en Chile.*

INDH (2011b). *Misión de Observación Puchuncavi-Quintero-La Greda,* 14 de septiembre 2011.

INDH (2012a). Informe Anual 2011. *Situación de los Derechos Humanos en Chile.*

INDH (2012b). Empresas y Derechos Humanos. Serie Cuadernillo de temas emergentes.

INDH (2012c). *Derechos Humanos y Acceso a la Información Pública.* Serie Cuadernillo de temas emergentes.

INDH (2012d). *Mapa de conflictos socioambientales en Chile.*

INDH (2013a). Informe Anual 2013. *Situación de los Derechos Humanos en Chile.*

Liberona, F. (15 de septiembre de 2014). *El sacrificio de Quintero y Puchuncaví.* Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de http://www.eldinamo.cl/blog/el-sacrificio-de-quintero-y-puchuncavi/

Minería Chilena (18 de junio de 2014). *Aprueban cambios al reglamento de evaluación ambiental estratégica.* Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de http://www.mch.cl/2014/06/18/aprueban-cambios-al-reglamento-de-evaluacion-ambiental-estrategica/

Ministerio del Medio Ambiente (sin fecha). *Ministro del Medio Ambiente presenta "Plan de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables"* en Huasco. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-56378.html

Ministerio del Medio Ambiente (2014a). *Planes de Descontaminación Atmosférica. Estrategia 2014-2018.* Chile.

Ministerio del Medio Ambiente (22 de septiembre de 2014b). *Protocolo de Constitución del Consejo para la Recuperación Ambiental y Social de Quintero y Puchuncaví* (CRAS). Recuperado el 23 de octubre de 2014, de http://portal.mma.gob.cl/seremi-del-medio-ambiente-de-valparaiso-da-inicio-al-consejo-para-la-recuperacion-ambiental-y-social-de-quintero-y-puchuncavi/

Nueva Minería y Energía (17 de octubre de 2014). *HidroAysén pide unificar juicios solo en un Tribunal Ambiental.* Recuperado el 27 de octubre de 2014, de http://www.nuevamineria.com/revista/hidroaysen-pide-unificar-juicios-solo-en-un-tribunal-ambiental/

Nuñez, R. (2007). *Desigualdade Ambiental e Zonas de Sacrifício.* PPGSA/IFCS/UFRJ, Brasil.

OCEANA (Marzo de 2012). *Zonas de Sacrificio, Medición de metales en mariscos y crustáceos en Ventanas.* Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/mas-informacion/zonas-de-sacrificio-medicion-de-metales-en-mariscos-y-crus

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2010). *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales.*

Ramírez, H. (2009). *Termoeléctricas a carbón y Borde Costero.* Documento de trabajo Puchuncaví-Quintero. Edición propia, 2009.

Retamal, J. (8 de septiembre de 2014). Desafíos formativos para el derecho ante la irrupción de los tribunales ambientales. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.tercertribunalambiental.cl/desafios-formativos-para-el-derecho-ante-la-irrupcion-de-los-tribunales-ambientales/

Rojas, C. (12 de diciembre de 2012). Registros de contaminación revelan que Valle del Huasco debió ser declarada Zona Saturada entre 2002 y 2005. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/12/680-498255-9-registros-de-contaminacion-revelan-que-valle-del-huasco-debio-ser-declarada-zona.shtml

Sabatini, Mena & Vergara (1996). Otra vuelta a la espiral: El conflicto ambiental de Puchuncaví bajo democracia. *Revista Ambiente y Desarrollo.* Vol. XII Nº 4, diciembre 1996.

Serrano, G. (11 de octubre de 2014). Radiografía del desastre medioambiental por derrame de petróleo en Quintero. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/10/680-599469-9-radiografia-del-desastre-medioambiental-por-derrame-de-petroleo-en-quintero.shtml

Servicio Civil, Gobierno de Chile (23 de septiembre de 2014). *Corte Suprema elabora quinas para Ministros de Primer Tribunal Ambiental.* Recuperado el 23 de octubre de 2014, de http://www.serviciocivil.gob.cl/content/corte-suprema-elabora-quinas-para-ministros-de-primer-tribunal-ambiental

Servicio de Evaluación Ambiental (sin fecha) *Comité de Ministros resuelve recurso de reclamación de Endesa por Punta Alcalde.* Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.sea.gob.cl/noticias/comite-de-ministros-resuelve-recurso-de-reclamacion-de-endesa-por-punta-alcalde

Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, *Estudio de Impacto Ambiental "Central Termoeléctrica Punta Alcalde",* presentado a CONAMA III región, 2008. Disponible en www.seia.cl

Superintendencia del Medio ambiente (SMA). *Cuenta Pública.* Programa y subprogramas de Fiscalización. Chile. Recuperado el 23 de octubre de 2014, de http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc_download/214-documento-cuenta-publica-2013-programa-y-suprogramas

Tribunal Ambiental de Santiago (2014). *Anuario del Tribunal Ambiental de Santiago 2013.* Chile: Tribunal Ambiental de Santiago.

Unión de Comunas de Zonas de Sacrificio (2014). *Pliego de Peticiones.* Comuna de Puchuncaví. 29 y 30 de mayo de 2014. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.ojoconelparlamento.cl/sites/default/files/minuta/S%208a%20Peticiones%20conclave__%20alcaldes%20zonas%20de%20sacrificio.pdf

Violaciones **masivas, sistemáticas e institucionalizadas** en el período 1973-1990

6

1. Acceso a la información pública, archivos y acceso a la justicia



1

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, ARCHIVOS Y ACCESO A LA JUSTICIA



Fotografía: Enrique Cerda



1

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, ARCHIVOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

ANTECEDENTES

Al cumplirse 41 años del golpe militar, la Presidenta de la República anunció otorgar suma urgencia al Proyecto de Ley que declara la nulidad del Decreto Ley Nº 2191 de 1978[1], conocido como "Ley de Amnistía". La promoción de esta iniciativa después de cuatro décadas desde el golpe de Estado, es expresivo de la persistencia de un pasado que, a pesar de distanciarse en el tiempo, continúa presente no solo en la evocación, sino en las consecuencias de aquellos hechos.

Un ejemplo de ello es la resolución de la Corte Suprema del 13 de junio de 2014, que confirmó el desafuero de un diputado de Renovación Nacional (RN), acogiendo la petición formulada por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante el Programa de Derechos Humanos) y los querellantes particulares[2], por estimar que existen fundadas sospechas de que al diputado y capitán (R) del Ejército, le cupo participación en calidad de autor de los homicidios de Próspero del Carmen Guzmán Soto; Patricio Alejandro Calfuquir Hernández y José Eduardo Monsalve Sandoval, ocurridos en septiembre de 1981 en el sector de Remeco Alto (Programa de Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2014).

1 Moción parlamentaria presentada en el Senado de la República el 2 de mayo de 2006 contenida en el Boletín Nº 4162-07. Mediante Mensaje Nº 525-362 de 23 de septiembre de 2014 se hace presente la urgencia suma.

2 Ministra en Visita Extraordinaria del proceso Rol Nº 1.675-2003.

Otro ejemplo de acontecimientos que hacen presente las secuelas del pasado es la resolución de la Ministra en Visita Extraordinaria de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, Sra. Marianela Cifuentes Alarcón[3], quien en octubre de 2014 dictó auto de procesamiento en contra del exalcalde de Providencia, por estimar que existen presunciones fundadas de que él, coronel (R), participó en calidad de autor en el delito de asociación ilícita, despachando la orden de detención respectiva, en el marco de la investigación por el secuestro y posterior homicidio de 11 personas y la tortura de otras tres[4]. La jueza concluyó que a partir del "(…) 11 de septiembre de 1973, se formó una agrupación jerarquizada, integrada por funcionarios de las Fuerzas Armadas, de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile, junto a civiles, que, inicialmente, funcionó en el regimiento de Ingenieros Militares de Tejas Verdes y sus dependencias anexas, lugares en que se mantuvo privadas de su libertad, sin derecho, a personas opositoras al gobierno recién instaurado, se les torturó y se les ejecutó (…)"[5]. Esta investigación se suma a la causa –conocida como Episodio Tejas Verdes– radicada en su momento en el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Alejandro Solís, acerca de la actividad criminal desplegada en el Regimiento Tejas Verdes, y que en abril de 2014, después de una década de investigación, concluyó con sentencia condenatoria de la Excma.

3 Autos ROL Nº 28-2009 VE.

4 Óscar Armando Gómez Farías; Jorge Antonio Cornejo Carvajal; Jorge Luis Ojeda Jara; Víctor Fernando Mesina Araya; Florindio Alex Vidal Hinojosa; Aquiles Juan Jara Álvarez; Jenaro Ricardo Mendoza Villavicencio; Carlos Aurelio Carrasco Cáceres; Carlos Alberto Galaz Vera, Miguel Ángel Moyano Santander y las torturas padecidas por: CDCSQ; LFNF; GMFV.

5 Autos ROL Nº 28-2009 VE. Considerando vigésimo tercero.

Corte Suprema[6]. Mientras las investigaciones no concluyan, tanto el desaforado diputado como el procesado exalcalde están amparados por el principio de inocencia, hasta que una sentencia firme y ejecutoriada determine efectivamente si existen las responsabilidades criminales imputadas.

Nuestro país, como ha sido señalado por el INDH y otros organismos de derechos humanos, ha dado pasos importantes en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Ello fue reconocido en julio de 2014 por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el informe que contiene las observaciones finales al examen al que se sometió el Estado. El Comité, en dicha oportunidad, celebró "[l]os avances que se han dado en la investigación, juzgamiento y sanción por casos de graves violaciones de derechos humanos del pasado", y alentó al Estado a perseverar en esos esfuerzos. Al mismo tiempo expresó una serie de preocupaciones, entre ellas, las relativas al acceso a la información pública por "[e]l carácter secreto de los documentos, testimonios y antecedentes aportados ante la Comisión de Verdad y Reconciliación y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (CNPPT)", recomendando hacer público dichos documentos y antecedentes.

Las investigaciones judiciales por las violaciones a los derechos humanos cometidas en dictadura constituyen un avance innegable, pero no agotan el contenido de la obligación del Estado de adoptar por todos los medios posibles las medidas necesarias para garantizar el esclarecimiento de los hechos, conforme a las exigencias del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. Dicha recomendación expone las insuficiencias que el país exhibe en materia de acceso a la información relativa a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, lo que en el transcurso del año 2014 quedó de manifiesto con la entrega al INDH y otros organismos de derechos humanos y sitios de conciencia, de los archivos de Colonia Dignidad incautados en el marco de una investigación judicial que instruía el Ministro de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Jorge Zepeda, mantenidos bajo secreto durante nueve años.

Al limitado acceso público a información vinculada a las violaciones masivas a los derechos humanos se suma la ausencia de una política de archivos para la conservación y custodia del acervo documental asociado a este período, y en general, para la documentación producida por el Estado. La necesidad de desarrollar una política de archivos no solo se orienta al objeto de preservar parte del patrimonio histórico, sino que es condición de transparencia y rendición de cuentas de la acción del Estado, y tratándose de archivos asociados a las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, un soporte fundamental para las políticas de verdad que eventualmente puedan ser útiles para garantizar el acceso a la justicia y evitar la impunidad.

En el presente apartado se aborda, en primer lugar, el derecho de acceso a la información, el derecho a la verdad y la política de archivos que cuentan con información sobre las violaciones de derechos ocurridas en dictadura. Aquí se revisan los estándares internacionales y nacionales en estos ámbitos, así como el estado de situación del ejercicio de estos derechos en el caso específico de los antecedentes de las Comisiones Rettig, Valech I y Valech II, y los archivos de Colonia Dignidad.

En segundo lugar, el apartado se refiere a otros hechos relevantes del año en el ámbito del acceso a la justicia, el derecho a la indemnización judicial y la propuesta relacionada con la adecuación del decreto ley de amnistía.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Si bien el derecho a acceder a la información pública no está expresamente reconocido en los tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos lo ha concebido como parte de la libertad de expresión. La Corte IDH, en el caso Claude Reyes vs. Chile, señaló que "el artículo 13 de la Convención [Americana sobre Derechos

6 Corte Suprema Sentencia única de reemplazo de 1 de abril de 2014, autos Rol Nº 1424-13 en las que se investigó los secuestros calificados de: Miguel Andrés Heredia Vásquez, secuestrado el 26 de diciembre de 1973; Rebeca María Espinoza Sepúlveda, secuestrada el 4 de enero de 1974; Félix Marmaduke Vargas Fernández, secuestrado el año 1974; José Pérez Hermosilla, secuestrado el 4 de enero de 1974; y José Guillermo Orellana Meza, desde el 22 de enero de 1974.

Humanos], al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto"[7].

Tal como agrega la Corte, "para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad"[8]. Así, el principio de máxima divulgación de la información pública debe considerarse la norma, y su restricción, solo una excepción. Para la Corte IDH, "en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones"[9]. De este modo, para la Corte IDH, todo régimen de excepciones a la publicidad de la información debe estar restringido a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad[10].

En este mismo sentido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión IDH señala que "el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas"[11]. Por su parte, los Principios de Johannesburgo, en su numeral 19, señalan que "ninguna restricción sobre el libre flujo de información podrá ser de tal naturaleza como para estorbar los propósitos de los derechos humanos y el derecho humanitario"[12]. En este sentido, para la Relatoría Especial para la libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA), "excepciones como "Seguridad del Estado", "Defensa nacional" u "Orden público" deben ser definidas e interpretadas de conformidad con el marco jurídico interamericano y, en particular, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ningún caso puede mantenerse secreta y reservada a los órganos de administración de justicia o de esclarecimiento histórico, la información sobre graves violaciones de derechos humanos imputadas a las agencias del Estado"[13]. Y es que "en los procesos transicionales, el respeto pleno por el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información contribuye como pocos a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación"[14].

DERECHO A LA VERDAD

El acceso a la información pública es relevante también para el ejercicio del derecho a la verdad. Este derecho ha sido una construcción propia del derecho internacional de los derechos humanos, principalmente por medio de los casos

7 Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 77. El artículo 13 de la CADH, en su párrafo primero, señala que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

8 Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 87.

9 Ibídem, párr. 92.

10 Ver Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 89 a 91. Esto es lo que la Corte IDH denomina el "test de convencionalidad", el cual determina la legitimidad de la restricción a un derecho.

11 CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, principio 4, adoptada en su 108º período ordinario de sesiones, 2000.

12 Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, Principio Nº 19: Acceso a áreas restringidas. Estos principios fueron elaborados y aprobados en 1995 por un conjunto de expertos/as en Derecho Internacional, Seguridad Nacional y Derechos Humanos.

13 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Acceso a la información sobre violaciones de Derechos Humanos, 2009, párr. 23.

14 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Acceso a la información sobre violaciones de Derechos Humanos, 2009, párr. 16. Al respecto también se ha planteado que "desde la perspectiva de la transparencia y el acceso a la información, la literatura coincide en señalar (y ofrece múltiples ejemplos) que con frecuencia se reserva injustificadamente información pública porque presumiblemente su divulgación causaría un daño a la seguridad nacional" (Guerrero, 2010, p. 14).

de desapariciones forzadas, configurándose como un derecho autónomo que impone obligaciones positivas a los Estados, consistentes en adoptar medidas que remuevan obstáculos de cualquier naturaleza con el fin de proteger su ejercicio. Por lo mismo, este derecho está ligado con la obligación que tienen los Estados de adoptar mecanismos que permitan la lucha contra la impunidad en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, entre los cuales está el acceso a la información pública.

El Derecho Internacional Humanitario fue el primero en referirse al derecho a la verdad. El artículo 32 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (vigente desde diciembre de 1977), a propósito de la sección sobre personas desaparecidas y fallecidas, dispone que "las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo, deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros". Posteriormente, desde el derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 24.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas ha incluido expresamente el concepto del "derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida".

Tanto el Sistema Universal como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reforzado la importancia del derecho a la verdad, principalmente en experiencias de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas. En 2005, la hoy extinta Comisión de Derechos Humanos –reemplazada por el actual Consejo de Derechos Humanos– de Naciones Unidas planteó en su resolución 2005/66, "la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos"[15]. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su resolución 9/11, adoptada en septiembre de 2008, destaca expresamente "la importancia de que la comunidad internacional reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en la máxima medida posible, en particular la identidad de los autores, las causas y los hechos, y las circunstancias en que se produjeron [esas violaciones]"[16].

Por su parte, la Corte IDH ha planteado el derecho a la verdad y el acceso a la información como elementos claves para investigar y sancionar a las personas responsables de violaciones a los derechos humanos. En el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentó el criterio según el cual, "en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación de procesos pendientes"[17]. Mecanismos de esta índole constituyen obstáculos ilegítimos que impiden al Estado cumplir con su obligación de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, creando escenarios de impunidad que no constituyen una garantía de no repetición de tales violaciones en el futuro. Por lo mismo, todo estado debe "garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de los responsables"[18].

Para la Corte IDH, "toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones"[19]. En este sentido, la Corte reitera que el acceso a la información pública es necesario para esclarecer la verdad de los hechos y, por lo mismo, "en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de

15 Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/66, 59ª sesión, 20 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

16 Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, 2012, A/67/53/Add.1, p. 29.

17 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, pár. 180.

18 Corte IDH, caso Gomes Lund ("Guerrilla do Araguaia") vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 109.

19 Ibídem, párr. 200.

la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada"[20].

Sobre esta materia, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT) en sus recomendaciones al Estado chileno de 2009, lo Instó "a que facilite a los tribunales de justicia toda la información pertinente que obre en su poder para facilitar la labor de impartir justicia. El Comité insta igualmente al Estado parte a que derogue la disposición de la Ley 19.992 mediante la cual se establece el secreto durante 50 años de información relativa a la práctica de la tortura durante la dictadura"[21].

ARCHIVOS Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la verdad implica no solamente el derecho de las familias y de la sociedad a conocer lo ocurrido, sino que requiere también que el Estado desarrolle políticas públicas que garanticen la elaboración de las memorias sobre el pasado y que promuevan una cultura de respeto a los derechos humanos. En este sentido, la construcción y preservación de los archivos en esta materia opera como una garantía de no repetición. Acorde a los principios orientadores para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Orentlicher, 2005), el Estado debe "preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones" (Principio 3). Además de adoptar las medidas técnicas y eventuales sanciones para impedir la alteración o destrucción de los archivos (Principio 14), el Estado debe facilitar la consulta de los mismos en interés de las víctimas y de sus familiares, e incluso para la investigación histórica salvaguardando la integridad de las víctimas y de otras personas (Principio 15).

Respecto de las normas técnicas para la conservación de los archivos existen los estándares elaborados por el Consejo Internacional de Archivos, plasmados en la Norma internacional general para la descripción archivística –ISAD(G)–, que contiene medidas para garantizar las condiciones de acceso a los archivos y la preservación de los materiales (International Council on Archives, 2011). Este organismo adecuó los estándares ISAD(G) a los archivos en derechos humanos (International Council on Archives, 2012).

DATOS PERSONALES

Las personas e instituciones, públicas o privadas, que trabajan con documentos y archivos que puedan contener datos personales deben tener especial precaución, ya que puede contener información privada respecto de terceras personas. Los datos personales son una manifestación de la vida privada de las personas, bien jurídico protegido por el artículo 11 de la CADH, al señalar que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación". Asimismo, en una redacción muy similar, el artículo 17 del PIDCP señala que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

Sobre este derecho, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 16, planteó que "la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y porque nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe

20 Corte IDH, caso Gomes Lund ("Guerrilla do Araguaia") vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 202.

21 Comité contra la Tortura, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención: Chile, CAT/C/CHL/CO/5, 23 de junio de 2009, párr. 19.

tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación"[22].

NORMATIVA NACIONAL

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a información fue introducido en la Constitución Política de la República (CPR) en las reformas del año 2005, a través de la Ley 20.050. El artículo 8 señala que "el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones", agregando el inciso segundo que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". Interpretando este artículo, el Tribunal Constitucional (TC) señaló que "es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Constitución, aunque no en forma explícita, como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen republicano democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas –tal es el caso de la libertad de expresión y de informar, que tienen aparejado el derecho a recibir información– que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos"[23]. Cabe destacar el reconocimiento que hace el TC sobre el rol del acceso a la información en el ejercicio y defensa de otros derechos humanos[24].

En relación con la reserva o secreto, el TC planteó que "acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o reserva"[25]. Asimismo, el Tribunal agregó que "el artículo 8 de la Constitución […] amplió el principio de publicidad que rige para los órganos de la Administración del Estado extendiéndolo no solo a los "actos" emanados de éstos, sino que también a sus resoluciones. Asimismo, extendió el principio de publicidad a los fundamentos de tales actos o resoluciones así como a los procedimientos que se utilicen en cada caso, no reduciéndolo […] solo a los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial"[26].

Si bien, la Constitución no se refiere expresamente a datos personales, el artículo 19 Nº 4 asegura a todas las personas "el respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y de su familia". Si bien se ha planteado que esta redacción fue pensada originalmente en relación con los límites al actuar de los medios de comunicación social (Anguita, 2007, pág. 134), tal como se señalara, uno de los fundamentos de la protección de los datos personales, es que estos son considerados como una manifestación de la vida privada, y de ahí que queden comprendidos por este artículo de la Constitución.

22 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 16. Artículo 17: Derecho a la intimidad, 1988, párr. 10.

23 Tribunal Constitucional, rol 634-2006, 9 de agosto de 2007, considerando 9.

24 Ver, INDH, Cuadernillos de temas emergentes en Derechos Humanos Nº 1: Derechos Humanos y Acceso a la información pública, 2012.

25 Tribunal Constitucional, rol 634-2006, 9 de agosto de 2007, considerando 10.

26 Ibídem, considerando 14.

A nivel legal, el acceso a la información está regulado por la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, que en su artículo 5, entrega tres criterios bajo los cuales se debe entender qué información es pública. En primer lugar, señala que "los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado" (énfasis agregado). En segundo lugar, "es pública la información elaborada con presupuesto público"; y por último, es pública "toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas". Estos criterios deben ser interpretados en armonía con los principios que la misma Ley establece en su artículo 11, especialmente los principios de apertura y de máxima divulgación. En cuanto al de apertura, la Ley lo define aquel "conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas". Por su parte, la Ley define el principio de máxima divulgación como aquel "de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales".

En cuanto a las causales de reserva, el artículo 21 de la Ley detalla las únicas hipótesis bajo las cuales se puede declarar la reserva o secreto: (i) cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; (ii) cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico; (iii) cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación; (iv) cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional; y (v) cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la CPR.

La Ley señala que el secreto o reserva dura cinco años, siendo prorrogables por otros cinco años más por una sola vez, es decir, la información puede completar hasta diez años bajo reserva o secreto. Este plazo debe ser entendido como final, ya que la Ley permite la prórroga solo por una vez. No obstante, la Ley excepcionalmente permite el carácter indefinido del secreto o la reserva de actos y documentos en el ámbito de la defensa nacional cuando su conocimiento o difusión pueda afectar la integridad territorial del país, la interpretación o cumplimiento de un tratado internacional suscrito por el país en materia de límites, la defensa internacional de los derechos del país y la política exterior del país de manera grave.

DATOS PERSONALES

También a nivel legal se encuentra regulada la protección de datos personales. La Ley 19.628 sobre protección de la vida privada regula en detalle esta materia[27]. El artículo 2, literal f) define dato personal como "los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables". A continuación, el literal g) especifica qué debe entenderse por datos sensibles, "aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"[28]. Cabe destacar dos aspectos: primero, la Ley establece una relación género-especie entre datos personales (el género) y datos sensibles (la especie); y en segundo lugar, la redacción no es taxativa, ya que se refiere a los datos sensibles como aquellos "tales como", por lo que el universo de datos sensibles es mayor a los establecidos en esta norma.

En cuanto a las obligaciones que origina tratar con datos personales, el artículo 7 de la Ley señala que "las personas

27 La Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, en su artículo 33, literal m), entrega al Consejo para la Transparencia la función de "velar por el adecuado cumplimiento de la ley Nº 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado". Sobre esto mismo ver Consejo para la Transparencia, Protección de Datos Personales, 2011.

28 Ver, asimismo, Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, artículo 7, literal i), inciso segundo.

que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo". De todos modos, específicamente en cuanto a los órganos públicos, la Ley señala que el tratamiento de datos personales "solo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular".

LA SITUACIÓN NACIONAL EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y POLÍTICAS DE ARCHIVOS

COMISIONES DE VERDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

El INDH ha sostenido que en nuestro país, el reconocimiento oficial de los crímenes cometidos durante la dictadura ha sido gradual y constante en el tiempo. La Comisión de Verdad y Reconciliación –Comisión Rettig 1990–[29]; la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (1992-1996)[30]; la Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos (1999-2000)[31]; la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura 2003 –conocida como Valech I–[32]; y la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura –conocida como Valech II–, constituyen los ejes institucionales de dicho proceso.

Las comisiones de verdad han permitido registrar de manera oficial, aunque no completamente, la ocurrencia de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos cometidas por la dictadura entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, así como los crímenes cometidos por grupos armados no estatales. Su instalación estuvo enmarcada en la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado, y permitir a la sociedad conocer lo sucedido en el país, de modo de cimentar caminos de entendimiento político sobre el respeto irrestricto a los derechos humanos. Los antecedentes[33] recabados por estas instancias de búsqueda de verdad, sin embargo, están sometidos a diferentes y contradictorios regímenes de acceso a la información.

En el caso de los antecedentes, documentos y testimonios aportados por los familiares de las víctimas y recabados por la Comisión Rettig y la Corporación Nacional, esto es, referidos a víctimas de desaparición forzada y ejecución extrajudicial, la Ley 19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, aseguró la confidencialidad de los mismos sin perjuicio de que los Tribunales de Justicia pudieran acceder a dicha información en los casos sometidos a su conocimiento. No se estableció un plazo para la vigencia de dicha confidencialidad[34].

En el caso de la Mesa de Diálogo, esta instancia prometió garantizar información proveniente de los institutos armados y de exagentes del Estado, conducente a ubicar los restos de las víctimas de desaparición forzada. La herramienta ideada para alcanzar este objetivo fue la Ley 19.687, que establece la obligación de secreto para quienes proporcionen información conducente a la ubicación de detenidos-desaparecidos[35].

La Ley 19.992, publicada en 2004, establece pensión de reparación y otorga otros beneficios a quienes fueron declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos en

29 Creada por Decreto Supremo Nº 355 de 25 de abril de 1990.

30 Ley 19.123 publicada el 8 de febrero de 1992.

31 Entre el 21 de agosto de 1999 y el 13 de junio de 2000.

32 Ministerio del Interior. Decreto Supremo Nº 1.040. de 26 de septiembre de 2003.

33 El concepto de 'antecedentes' tanto en la regulación de la Comisión Rettig como en la Comisión Valech II no fue especificado, mientras que la de la Comisión Valech I determina que estos son: los documentos, los testimonios aportados por las víctimas ante la Comisión (artículo 15 Ley 19.992). A mayor abundamiento, el Informe de la Comisión Valech II especifica que el archivo de la misma está conformado por las fichas de antecedentes de las personas que concurrieron a la Comisión, junto con todos sus documentos anexos.

34 Ley 19.123. art. 2 Nº 3. "Le corresponderá especialmente a la Corporación: Nº 3.- Guardar en depósito los antecedentes reunidos tanto por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación como por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y todos aquellos que, sobre casos y asuntos similares a los por ella tratados, se reúnan en el futuro. (…) El acceso a la información deberá asegurar la absoluta confidencialidad de ésta, sin perjuicio que los Tribunales de Justicia puedan acceder a dicha información, en los procesos sometidos a su conocimiento".

35 Publicada el 6 de julio de 2000.

el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (conocida como "Comisión Valech I"). La Ley establece, en su artículo 15, que "son secretos los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura […], en el desarrollo de su cometido. En todo caso, este secreto no se extiende al informe elaborado por la Comisión sobre la base de dichos antecedentes". El inciso siguiente agrega que "el secreto establecido en el inciso anterior se mantendrá durante el plazo de 50 años, período en que los antecedentes sobre los que recae quedarán bajo la custodia del Ministerio del Interior", para luego agregar que "mientras rija el secreto previsto en este artículo, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a lo señalado en el inciso primero de este artículo, sin perjuicio del derecho personal que asiste a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia"[36].

El fundamento de esta medida, como se señala en el Mensaje que acompañó el proyecto que culminó con la aprobación de la Ley, fue el compromiso con las víctimas de que sus testimonios serían protegidos y no expuestos al escrutinio público. Se señaló en el Mensaje que "[c]omo sociedad, no podemos permitir que sus valerosos testimonios y dolorosos recuerdos sean utilizados para ningún otro propósito que aquel para el cual fueron proporcionados, esto es, para la elaboración del informe que a dicha Comisión se le encomendó", reconociendo a su vez, que la información, testimonios y demás antecedentes aportados a la Comisión pertenecen exclusivamente a sus titulares.

Por último, para la Comisión Valech II –que revisó casos tanto de detenidos-desaparecidos, de ejecutados políticos, como de sobrevivientes de tortura– se estableció el carácter reservado tanto de las actuaciones de la Comisión como de los antecedentes, testimonios y documentos que ella recibió, sin determinar un plazo de duración, y sin ofrecer fundamentación alguna para el estatus de secreto.

36 El mismo artículo sanciona la comunicación, divulgación o revelación de los antecedentes y datos establecidos como secretos con la pena de "reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales", artículo 15 de la Ley 19.992 en relación con el artículo 247 del Código Penal.

El carácter secreto de los antecedentes aportados por la Comisión Valech II fue declarado expresamente por la Contraloría General de la República mediante el Dictamen Nº 60.303 de 1 de octubre de 2012. En efecto, frente al reclamo presentado por una persona que no fue calificada como víctima, y respecto de los antecedentes que esa misma persona aportó, el organismo contralor resolvió que no era posible entregar los antecedentes que impidieron tal reconocimiento, precisamente en atención al carácter reservado de los mismos y de las actuaciones de la Comisión referida. En relación con este tema, el organismo Contralor, mediante el Dictamen 77.470 de 12 de diciembre de 2011, ya se había pronunciado reconociendo el carácter secreto de los documentos, testimonios y antecedentes aportados por la Comisión Valech I, información que adicionalmente, de acuerdo con lo establecido por el art. 8 de la Constitución Política de la Republica, debe entenderse una norma de quórum calificado[37], pues solo una ley de estas características, de acuerdo al mandato constitucional, puede establecer la reserva o secreto de los actos del Estado[38].

Como se puede apreciar, no existe uniformidad en la legislación nacional que regula la materia, y hay un tratamiento diferenciado ante la ley que eventualmente pudiera devenir en una lesión al principio de igualdad y no discriminación. Mientras hay información referente a detenidos desaparecidos y ejecutados políticos que es reservada pero a la cual los magistrados pueden acceder –Comisión Rettig–; también existe información sobre víctimas de prisión política y tortura –Comisión Valech I– y sobre detenidos desaparecidos, ejecutados políticos y víctimas de prisión política y tortura –Comisión Valech II– que es secreta o reservada.

Junto a lo anterior, el Artículo 3º, Nº 6, inciso 2º de la Ley 20.405, luego de establecer la facultad del INDH de custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos por diversas comisiones, entre las cuales se encuentran los de

37 Una Ley de Quórum Calificado es aquella que para su establecimiento, modificación o derogación requiere de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Ver: Art. 66 inc. 3 de la Constitución Política de la República.

38 El Art. 8 de la Constitución señala que "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos,…" Art. 8 inc. 2º Constitución Política de la República.

las Comisiones Valech I y II, mandata al INDH a recopilar, analizar y sistematizar toda información útil, facultad cuyo ejercicio es poco clara en virtud del carácter secreto o reservado al que se ha hecho referencia.

En noviembre de 2013, el INDH solicitó un pronunciamiento a la Contraloría General de la República, para que al menos los Tribunales de Justica que así lo requirieran pudieran acceder libremente y sin restricciones a la información en poder del Estado. En dicho requerimiento, se recordó la legislación internacional que rige en la materia, y en concreto se solicitó que "se proceda a reconsiderar parcialmente lo resuelto en los dictámenes (anteriores), estableciendo que el INDH pued[a] entregar la información que tiene en custodia y depósito relativa a los antecedentes y actuaciones de las Comisiones Valech I y Valech II, solicitada por tribunales de justicia en el marco de investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad criminal, en casos de delitos de lesa humanidad".

La Contraloría General de la Republica se pronunció mediante Dictamen Nº 41.230 de 10 de junio de 2014. En esta resolución el órgano contralor sostuvo que aquellos antecedentes, testimonios e información recabada en el marco de la Comisión Valech I en mérito de lo dispuesto en el art. 8 de la Constitución Política de la Republica, se "[c]onfigura a su respecto una de las excepciones al principio de publicidad (…) y que ha sido ordenada por una disposición a la cual corresponde atribuir el carácter de quórum calificado". Es decir, mantiene firme su criterio de que estamos en presencia de un caso de secreto o reserva. Es en este sentido que el órgano contralor estima que si "tal reserva obstaculiza la persecución de la responsabilidad penal (…)" debe existir una adecuación de la normativa nacional en atención a las recomendaciones de los organismos de las Naciones Unidas y los criterios de la Corte IDH que la consagran, y que dicha adecuación es de competencia del Poder Legislativo.

Sin embargo, en relación con Valech II (Ley 20. 405 –que no es una ley de quórum calificado–), y es posterior a la reforma constitucional del art. 8, el órgano fiscalizador sostuvo su incompetencia para pronunciarse respecto de la posibilidad de que el INDH entregue información de los archivos en cuestión a los magistrados que lo soliciten, ya que implicaría referirse respecto de una medida procesal dispuesta por un órgano jurisdiccional, respecto del cual la Contraloría no tiene injerencia de ninguna especie.

Al respecto, consistente con lo resuelto por la Contraloría, el INDH ha puesto a disposición de la magistratura aquellos antecedentes contenidos en la Comisión Valech II, cuando le han sido solicitados.

El 11 de septiembre de 2014 se presentó mediante moción parlamentaria un proyecto de ley destinado a establecer el carácter público de los antecedentes recogidos por la comisión Valech I y II[39].

NORMAS Y POLÍTICAS DE ARCHIVOS Y DERECHOS HUMANOS

En nuestro país no existe una política pública referida a la conservación, custodia y mantención del patrimonio documental referido a las violaciones cometidas en dictadura. El marco normativo que existe a nivel general referido a los archivos es de antigua data (1929), y además de profuso, es disperso, lo que no contribuye a generar prácticas homogéneas en la conservación y mantención de este patrimonio, lo que podría perjudicar la garantía de acceso público a la documentación producida por el Estado, y al derecho a la verdad[40].

39 Boletín Nº 9598-17, presentado mediante moción parlamentaria el 11 de septiembre de 2014.

40 Esta legislación está integrada por: El Decreto con Fuerza de Ley Nº 5.200 de 10 de diciembre de 1929, del Ministerio de Educación Pública, que crea la Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos; El Decreto Nº 6.234 de 30 de enero de de 1930, Ministerio de Educación Pública, que aprueba el 'Reglamento para la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos'; Decreto Nº 291, de 26 de abril de 1974, del Ministerio del Interior, que 'Fija normas para elaboración de documentos'; Decreto Supremo Nº 721 de 18 de marzo de 1980, del Ministerio de Educación Pública que 'Crea Comisión de selección para los efectos de descarte de documentos oficiales'; Circular Nº 28.704 de 27 de agosto de 1981, de la Contraloría General de la República, sobre disposiciones y recomendaciones referentes a eliminación de documentos; Decreto Superno Nº 77, de 3 de junio de 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que 'Aprueba Norma Técnica sobre la Eficacia de las Comunicaciones Electrónicas entre Órganos de la Administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos'; Decreto Supremo Nº 83 de 3 de junio de 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que 'Aprueba Norma Técnica para los Órganos de la Administración del Estado sobre Seguridad y Confidencialidad de Documentos Electrónicos'; y la Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información Pública de la Administración del Estado, publicada el 20 de agosto de 2008.

El Decreto Nº 5.200 (1929) establece que el Archivo Nacional de Chile, dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, es la institución responsable de conservar, preservar y organizar el patrimonio documental y otorgar acceso a la comunidad. Sus funciones son las de "[r]eunir y conservar los archivos de los departamentos de Estado [Ministerios] y de todos los documentos y manuscritos relativos a la historia nacional, y atender a su ordenación y aprovechamiento"[41].

En términos generales, al Archivo Nacional debe concurrir toda la documentación generada por la Administración exceptuándose aquella proveniente del "[M]inisterio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y de los demás organismos dependientes de esa Secretaría de Estado que se relacionen con el Supremo Gobierno por su intermedio, [que] se archivarán y eliminarán conforme a lo que disponga la reglamentación ministerial e institucional respectiva"[42]. De esta manera, tanto la cartera de Defensa como cada una de las ramas castrenses y de orden y seguridad tienen su propia reglamentación, lo que hace aún más difusa la legislación que rige en esta materia[43].

El Consejo para la Transparencia encargó el año 2012 la realización de un diagnóstico de la gestión documental en la Administración Pública[44], concluyendo que era necesario normar la gestión documental en los órganos de la Administración del Estado, y unificar la normativa existente en la materia en un solo cuerpo legal, fortaleciendo la institucionalidad pública responsable de la política de archivos (Ortiz, 2012:7).

En relación con los antecedentes reunidos por las Comisiones de verdad (Rettig y Corporación), su custodia y depósito corresponden al Programa de Derechos Humanos, el que deberá traspasarlo al INDH una vez que concluyan sus funciones. En relación con los antecedentes recabados por las Comisiones Valech I y II, ello está a cargo del INDH[45]. Mediante Resolución exenta Nº 222 de 27 de septiembre de 2013, el INDH recibió "[e]l traspaso de los antecedentes de la Comisión Valech I y de la Comisión Valech II, (…) para su depósito y custodia (…)", resolviendo mediante ese mismo acto, mantener materialmente "los antecedentes indicados en las bodegas especialmente habilitadas en el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos"[46]. El Museo, fundación de derecho privado financiada con recursos públicos[47], cuenta con las condiciones técnicas y materiales adecuadas para la conservación de este acervo patrimonial del país.

El esfuerzo realizado por el Museo de la Memoria es destacable pero no obsta por ello la necesidad de una política pública de archivos en materia de derechos humanos, como también una que regule el ciclo de la información, su conservación, preservación y eliminación así como las condiciones de acceso[48].

Argentina y Brasil constituyen dos experiencias comparadas destacables en la creación y mantención de archivos. El Archivo Nacional de la Memoria de Argentina fue creado el 16 de diciembre de 2003 mediante el Decreto de Creación 1259/2003. El Archivo es un órgano público que custodia y estudia los antecedentes recopilados por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas y otras instancias que reciben testimonios actualmente, y sus objetivos son: relevar

41 Decreto Nº 5.200 art. 13.

42 Ibídem, art. 14.

43 Así por ejemplo, para Carabineros rige el Reglamento de Documentación Nº 22 de Carabineros de Chile, aprobado por Decreto Supremo Nº 3.612 de 1961 del Ministerio del Interior. En el caso del Ejército, esta rama ha dictado dos reglamentos al respecto: el R.A. (P) 102-B sobre "Correspondencia y Documentación" y el R.IN.C. (R) 1436 sobre "Seguridad Militar". Asimismo, en la Armada la regulación está contenida en el Reglamento Nº 7-20/1 de Publicaciones y Tramitaciones. En el caso de la Fuerza Aérea, la regulación está en su Reglamento Serie D Nº 6 de 2012 de "Documentación de la Fuerza Armada".

44 Proyecto "Diagnóstico y recomendación de buenas prácticas en gestión documental en organismos públicos", informe elaborado por la consultora Patricia Ortiz Castro, 2012.

45 Ley 20.405 art. 3 nº 6.

46 INDH. Resolución exenta Nº 222, publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 2013.

47 Por la naturaleza dual del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos se ha cuestionado su idoneidad para cumplir los objetivos propuestos. Este asunto fue cuestionado por la directora de la DIBAM del gobierno anterior al considerar que esta naturaleza limita la función pedagógica del Museo que "debiera cumplir un rol social y contribuir a la armonía de la sociedad" (La Tercera, 2012).

48 La falta de una regulación del ciclo vital de la información, su archivo y custodia preocupa al Presidente del Consejo para la Transparencia, Alejandro Ferreiro, quien ha expresado que "No es razonable que tengamos, por un lado, un derecho robusto a acceder a la información que obra en poder de la Administración, pero no tengamos certeza respecto de cuál es esa información" (Consejo para la Transparencia, 2012).

archivos y documentación relacionada con el terrorismo de Estado; clasificar y preservar la documentación que ingresa al archivo; y articular los objetivos de Memoria, Verdad y Justicia mediante la generación de acciones conjuntas entre las diferentes jurisdicciones a nivel nacional, entre los países del MERCOSUR y en el plano internacional.

Por su parte, el Centro de Referência das Lutas Políticas de Brasil fue creado el 21 de febrero de 2005 mediante Decreto 21/2005, con el objeto de ser el receptor de la información, documentos, y archivos, entre otros, referidos a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar, esto en atención a la diversidad de archivos a lo largo del país federal. Entre sus objetivos se encuentra el control de la producción primaria y las fuentes bibliográficas disponibles; la búsqueda de nuevas fuentes documentales; la promoción de un amplio acceso a fuentes de información y conocimiento de manera sistematizada; la contribución al debate académico y político sobre la naturaleza del tiempo, por medio de seminarios, concursos e intercambios con instituciones nacionales y extranjeras similares. El Centro ha sido receptor de los documentos públicos que se encontraban bajo la custodia de la Agencia Brasileña de Inteligencia (Decreto Presidencial Nº 5.584, de 18 de noviembre de 2005), además de los documentos elaborados por el Consejo de Seguridad Nacional, Comisión General de Investigaciones y Servicio Nacional de Informaciones.

LOS ARCHIVOS DE COLONIA DIGNIDAD

El 14 de junio de 2005, en el marco de la investigación "Juan Maino Canales y otros"[49], se hallaron en la excolonia Dignidad tres contenedores metálicos con diferentes tipos de armas y una serie de cajoneras conteniendo documentación asociada a víctimas de la dictadura. El material incautado fue trasladado bajo custodia hasta la Jefatura Nacional de Inteligencia Policial[50]. Tras nueve años de haber sido descubiertos, el ministro Jorge Zepeda, instructor de la causa que investiga los hechos criminales ocurridos allí, entregó 407 fichas de víctimas a los sitios de memoria agrupados en la Mesa de Trabajo sobre Colonia Dignidad, y otros 46.308 documentos al INDH, en un disco compacto que –según se indicó– corresponde a la información incautada en el proceso judicial. Esta entrega fue el resultado de los requerimientos realizados, tanto por organizaciones de memoria de la sociedad civil –en especial la campaña impulsada por Londres 38 (INDH, 2013, pp. 261-262)–, como del propio INDH.

En una conferencia de prensa, el viernes 11 de abril de 2014, la organización Londres 38 anunció la apertura de las fichas que habían recibido del Ministro Zepeda sobre los detenidos-desaparecidos vinculados a este centro de exterminio (Londres 38 Espacio de Memorias, 2014).

El INDH, por su parte, expresó por medio de un comunicado público "la voluntad institucional [de] permitir el acceso a dicha información; especialmente a las víctimas, sus familiares y organizaciones de la sociedad civil; en la forma, condiciones y con las limitaciones que nos impone la Ley 20.285 sobre Transparencia y la Ley 19.628 relativa a la Protección de Datos Personales" (INDH a), 2014). De esta manera se garantizó el libre acceso a las víctimas, familiares y tribunales de justicia como una primera medida.

El 16 de abril de 2014, el INDH, por intermedio de su Directora Lorena Fries, sostuvo una reunión con representantes de la Mesa de Trabajo de Colonia Dignidad –integrada por las organizaciones de derechos humanos Villa Grimaldi, Londres 38, José Domingo Cañas y la Asociación de Memoria y DDHH Venda Sexy–, con las que trató los pasos a seguir para avanzar de manera de garantizar el acceso a dichos archivos de manera óptima sin comprometer la búsqueda de verdad, justicia y reparación. En dicha reunión se abordó el modo en que esta información se hará pública y cómo se llevará a cabo la sistematización del material entregado al Instituto, trabajo que a la fecha de redactarse el presente informe está en desarrollo.

49 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Nº 2.182-98 episodio Juan Maino Canales. Juan Bosco Maino Canales fue detenido por agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional –DINA– el día 26 de mayo de 1976, en el domicilio de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urra y Antonio Elizondo Ormaechea (ambos detenidos-desaparecidos), en la comuna de Ñuñoa, Santiago.

50 Información entregada por el Programa de Derechos Humanos mediante el Oficio Nº 24.363 del 19 de noviembre de 2013.

OTROS ASPECTOS RELEVANTES DEL AÑO: ACCESO A LA JUSTICIA

GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

La garantía de verdad y acceso a la información no agota las obligaciones del Estado de cara a las violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Se requiere de la restitución, por parte de tribunales de justicia, de aquella verdad procesal que, aunque acotada a las víctimas y sus circunstancias, es la única que permite develar lo que las comisiones por sí solas no alcanzan a determinar, esto es, la responsabilidad penal involucrada en los crímenes y delitos perpetrados.

Desde enero a octubre de 2014 la Excelentísima Corte Suprema ha dictado sentencia condenatoria en 21 causas en las que se investigó desapariciones forzadas, ejecución extrajudicial y casos de torturas[51]. En todos estos procesos, el máximo tribunal ha mantenido un criterio jurisprudencial que se remonta a la causa por la desaparición de Pedro Enrique Poblete Córdova (año 1998)[52], y más precisamente, en la investigación por el secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez (2004)[53].

Preocupa al INDH que, a pesar de los reiterados llamados a no aplicar normas jurídicas reñidas con la naturaleza imprescriptible de los crímenes investigados y sancionados, el máximo tribunal persista en invocar la institución de la media prescripción para casos de ejecución extrajudicial[54].

Este año (julio de 2014), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[55] ha reiterado lo que el INDH ha recomendado al Estado desde el año 2010. Al Comité le preocupa la aplicación de la media prescripción lo que en la práctica determina la disminución o atenuación de las penas aplicables a violadores de derechos humanos y recomienda que se adecue la legislación interna de manera que ella sea plenamente compatible con los obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Agrega que el Estado debe continuar sus esfuerzos "[p]ara impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos, velando por que en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie

51 En orden cronológico las sentencias dictadas corresponden a: 6 de enero de 2014, Episodio San Borja, Rol Corte Suprema, Nº 2918-13; 9 de enero de 2014, episodio Sergio Enrique Cádiz Cortés y Gilberto de la Cruz Pino Baeza, Rol Corte Suprema: 2387-13; 13 de enero de 2014, episodio García Soto. Rol Corte Suprema: 4024-13; 20 de marzo de 2014, episodio Rahue, Rol Corte Suprema: 1686-13; 1º de abril de 2014, episodio Tejas Verdes, Rol Corte Suprema: 1424-13; 29 de mayo de 2014, Episodio Parra Alarcón, Rol Corte Suprema: 6318-13; 10 de junio de 2014, Episodio Comando Conjunto, Rol Corte Suprema: 5831-13; 12 de junio de 2014, episodio ECS, Rol Corte Suprema: 11.443-14; 30 de junio de 2014, episodio Alamiro González, Rol Corte Suprema: 3641-14; 14 de julio de 2014; Episodio Guacolda Raquel Rojas Pizarro, Rol Corte Suprema 3058-14; 21 de agosto de 2014, Episodio Londres 38, Rol Corte Suprema: 49-11-13;1 de septiembre de 2014, episodio Tortura Linares 4639-13; 4 de septiembre de 2014, episodio Coyhaique Rol 1790-14; 4 de septiembre de 2014, episodio Nilda Peña Solari; Rol Corte Suprema 4300-14; 16 de septiembre de 2014, episodio Marco Aurelio Reyes Arzola, Rol Corte Suprema: 15.507-13; 30 de septiembre, episodio, Michael Roy Woodward Iriberry; Rol Corte Suprema: 4240-14; 8 de octubre de 2014, episodio Labrín Laso, Rol Corte Suprema: 17.037-13; 16 de octubre de 2014; episodio Villa Grimaldi I, Rol Corte Suprema 4549-14; 16 de octubre de 2014; episodio Villa Grimaldi II, Rol Corte Suprema, 4550-14; 23 de octubre de 20134, episodio El Toro y el Abanico, Rol Corte Suprema: 17.030-13.

52 Causa Rol Nº 469-1998 sentencia de casación de 9 de septiembre de 1998. por el delito de secuestro calificado. Sentó un nuevo criterio limitando el sentido del DL de Amnistía en términos de precisar el máximo tribunal que solo es posible aplicar dicho instituto a personas determinadas, por lo que la investigación debía ser agotada y solo una vez determinada la identidad de los responsables se podía aplicar la amnistía (Considerando quinto a octavo) y que adicionalmente son aplicables los Convenios de Ginebra, los que tienen aplicación preferente, por sobre otras normas, en razón de lo dispuesto en el art. 5 de la Constitución Política (Considerando noveno y décimo). En mérito de estos argumentos la Excma. Corte Suprema ordena reabrir la causa y dejar sin efecto un sobreseimiento dictado por la Justicia Militar.

53 Causa ROL Nº 517-2004 de 17 de noviembre sentencia de casación.

54 Es el caso de la sentencia ROL 2918-13 de 6 de enero de 2014, episodio San Borja, donde la Corte Suprema sostiene que "[l]a prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden solo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo" (Considerando décimo cuarto). Es igualmente la situación de la sentencia Rol Nº 1686-13, episodio Rahue, de 20 de marzo de 2014 en que la Corte Suprema señala que "[t]ampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas solo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado (…)" Considerando vigésimo. Ver también: Corte Suprema, Rol Nº 6318-13. Episodio Parra Alarcón, Sentencia de 29 de mayo de 2014, en que la Corte sostuvo que "incluso conviniendo que en la especie es improcedente la rebaja de la pena de acuerdo a lo que dispone el artículo 103 del Código Penal [media prescripción], la condena siempre puede resultar igual a la que se impuso. No existe, entonces, influencia sustancial en lo dispositivo del fallo por la infracción reclamada". Considerando Quinto.

55 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile Proyecto preparado por el Comité.

y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes"[56].

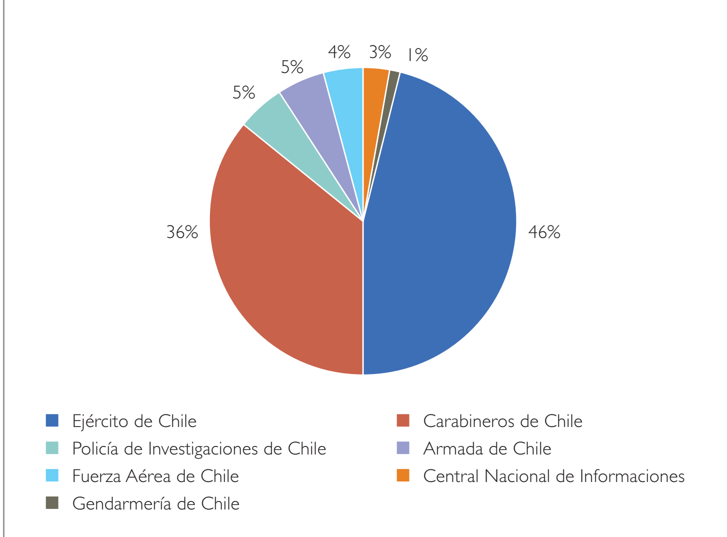
A octubre de 2014, 75 exagentes del Estado se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad.

CUADRO 1.
CANTIDAD DE CONDENADOS/AS POR INSTITUCIÓN

INSTITUCIÓN	CANTIDAD DE RECLUSOS
Ejército de Chile	34
Carabineros de Chile	27
Policía de Investigaciones de Chile	4
Armada de Chile	4
Fuerza Aérea de Chile	3
Central Nacional de Informaciones	2
Gendarmería de Chile	1
Total	**75**

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante correo electrónico, octubre de 2014.

PROCEDENCIA INSTITUCIONAL DE RECURSOS VINCULADOS A VIOLACIONES SISTEMÁTICAS A LOS DERECHOS HUMANOS



Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante correo electrónico, octubre de 2014.

CUADRO 2.
RANGOS DE TIEMPO DE CONDENA DE PERSONAS CUMPLIENDO PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

INSTITUCIÓN	RANGOS DE TIEMPO DE CONDENA					PROCESADO	TOTAL
	5 AÑOS 1 DÍA Y 10 AÑOS	10 AÑOS 1 DÍA Y 15 AÑOS	15 AÑOS 1 DÍA Y 30 AÑOS	MÁS DE 30 AÑOS	PERPETUO		
Ejército de Chile	15	6	6	4	3	0	34
Carabineros de Chile	9	10	2	0	5	1	27
Policía de Investigaciones de Chile	3	1	0	0	0	0	4
Armada de Chile	3	1	0	0	0	0	4
Fuerza Aérea de Chile	2	1	0	0	0	0	3
Central Nacional de Informaciones	1	0	0	0	0	1	2
Gendarmería de Chile	1	0	0	0	0	0	1
Total	**34**	**19**	**8**	**4**	**8**	**2**	**75**

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante correo electrónico, octubre de 2014.

56 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile Proyecto preparado por el Comité. Párr. 8.

En todas estas causas ha desempeñado un rol fundamental el Programa de Derechos Humanos. Actualmente, dicha entidad presta asesoría judicial y social a los familiares de las víctimas de desaparición forzada y ejecución extrajudicial. El Programa participa en 920 causas, representando un total de 1.781 víctimas de desaparición forzada o ejecución extrajudicial[57]. Recordemos que, de acuerdo con la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso García Lucero[58], el Estado debiera estudiar la ampliación de las facultades del Programa para cubrir las necesidades de asistencia jurídica a las víctimas sobrevivientes de tortura, y así llenar un vacío institucional respecto de víctimas de violaciones sistemáticas a los derechos humanos que no encuentran una respuesta adecuada del Estado en esta materia.

INDEMNIZACIÓN CIVIL

El INDH ha sostenido invariablemente que de un delito que causa daño deriva para la víctima y sus familiares no solo el derecho a perseguir las responsabilidades criminales –acción penal–, sino además, el de ser resarcidas por el daño ocasionado –acción civil–. Cuando el hecho que provoca el daño es la consecuencia de una acción u omisión del Estado, la obligación de reparar se concreta en la determinación de la llamada responsabilidad civil o extracontractual del Estado (INDH, 2011). Ello es un derecho independiente de la obligación del Estado de establecer medidas o programas de reparación para encarar las secuelas derivadas de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Durante el año 2014, la Corte Suprema ha asentado una jurisprudencia que el INDH valora positivamente, consistente en determinar que así como la acción penal persecutoria derivada de crímenes de lesa humanidad no se extingue por el transcurso del tiempo (por ello es imprescriptible) lo mismo sucede con el derecho a ser resarcido/a por esos hechos (no se extingue a consecuencia del tiempo).

Lo reiteró la Corte Suprema este año en el episodio Tejas Verdes, donde sostuvo que "(…) no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley Nº 19.123 y su posterior modificación contenida en la Ley Nº 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos-desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario"[59].

En octubre de 2014, el INDH acompañó a la causa por indemnización de perjuicios por el homicidio del general Carlos Prats, un escrito ante la Corte Suprema, precisando la obligación de reparación que le cabe al Estado en estas materias a la luz de los estándares internacionales, haciendo ver que la aplicación de normas que excluyen la responsabilidad civil es incompatible con la obligación de reparar los daños causados por violaciones a las normas del derecho internacional humanitario o constitutivas de crímenes de lesa humanidad[60].

DECRETO LEY DE AMNISTÍA

De acuerdo con información proporcionada por el Programa de Derechos Humanos, el DL de amnistía fue aplicado en 93 causas, afectando a 362 víctimas. Con el cambio de

57 Información proporcionada por el Secretario Ejecutivo del Programa Sr. Francisco Ugas a un requerimiento del INDH mediante mail de 3 de noviembre de 2013.

58 Corte IDH. Caso García Lucero y Oras vs. Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Para más información ver INDH. Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos. 2013, pág. 262.

59 Corte Suprema Sentencia única de reemplazo de 1 de abril de 2014, autos Rol Nº 1424-13, considerando undécimo.

60 Corte Suprema. Téngase presente en el recurso de casación en el fondo Rol Nº 21502-2014, caratulados "Prats Cuthbert, Sofía y otras con Contreras Sepúlveda, Manuel y otros", presentado el 1 de octubre de 2014.

criterio jurisprudencial de la Corte Suprema, 91 procesos fueron reabiertos, favoreciendo a 360 víctimas. Estos procesos están actualmente en etapa de investigación, otros en etapa de juicio y varios de ellos han sido terminados por sentencia condenatoria (Ugas, 2014). Las dos investigaciones que permanecen amnistiadas son las de Luis Eduardo Contreras León[61] y Jorge Valenzuela Valenzuela[62]; al respecto, el Programa informó que solicitará su reapertura.

Este año, el INDH fue invitado a entregar su opinión a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de la República, haciendo entrega de un informe que sintetiza lo que el Instituto ha planteado en esta materia desde el año 2010[63]. Dicha opinión se asentó en las obligaciones emanadas del derecho internacional humanitario y en las propias del derecho internacional de los derechos humanos. Se recordó en aquella oportunidad que los mandatos del derecho de Ginebra son de cumplimiento estricto en términos que "[n]inguna Alta Parte contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte Contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte Contratante, a causa de infracciones previstas (…)"[64].

Ello es consistente con la obligación de los Estados partes de respetar y hacer respetar en todo tiempo y lugar, los derechos consagrados en los cuatro Convenios de Ginebra. "El binomio 'respetar/hacer respetar significa que las obligaciones de los Estados Partes abarcan incondicionalmente el deber de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de aquellos tratados por todos sus órganos y agentes así como por todas las personas sujetas a su jurisdicción, y el deber de asegurar (aquello)" (Cançado, 2006, pág. 229).

Distintos proyectos de ley han sido presentados para asegurar la investigación y sanción efectiva de los crímenes cometidos durante la dictadura. El INDH ha valorado positivamente todas las iniciativas legales que han tenido como objetivo evitar la impunidad de los crímenes. Tanto la moción que busca establecer una ley interpretativa que adecua la legislación penal a los tratados internacionales de derechos humanos fijando el alcance de las normas referidas a la prescripción y la amnistía contenidas en el art. 93 del Código Penal[65], como el proyecto de ley que declara la nulidad de derecho público del Decreto Ley Nº 2191 de amnistía[66] son alternativas que se orientan a ese objetivo. Para el INDH, el mecanismo que se utilice para cumplir con el mandato de garantizar la investigación judicial y la sanción adecuada, hace parte de una definición que le corresponde adoptar al Congreso Nacional sin perjuicio de señalar que este, al igual que los otros poderes del Estado se encuentran obligados a introducir todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que permitan cumplir con la obligación de investigar, sancionar y reparar por los crímenes de guerra y/o de lesa humanidad cometidos durante el período que cubre la Amnistía evitando la impunidad[67].

61 Empleado de Codelco, exdirigente de la CUT, y militante del Partido Socialista, fue secuestrado el día 22 de octubre de 1973, por Carabineros de Calama, ingresado a la Subcomisaría de El Loa desde la cual los uniformados afirman haberlo dejado en libertad el 23 de octubre de 1973. En diciembre de 1990, por un hecho fortuito, se encontró su cadáver en la mina de cobre llamada "La Tetera" ubicada dentro del perímetro que comprende la mina de Chuquicamata (Memoria Viva).

62 Secuestrado por carabineros el día 8 de octubre de 1973, desde el Asentamiento Campo Lindo. Al día siguiente la familia se presentó a la Subcomisaría de Paine donde se reconoció la detención, pidiendo que se llevaran alimentos y ropa. En la tarde de ese mismo día se informó allí que los detenidos habían sido trasladados al Regimiento de Infantería de San Bernardo (Informe Rettig).

63 Minuta aprobada por el Consejo del INDH el 6 de octubre de 2014 en Sesión Nº 222.

64 Arts. 131 y 148 de los Convenios III y IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre tratamiento de los prisioneros de guerra y sobre protección de civiles en tiempos de guerra, promulgados por los decretos Nº 752 publicados entre el 17 y el 20 de abril de 1951.

65 Boletín Nº 6422.

66 Boletín 4162-07.

67 Minuta aprobada por el Consejo del INDH el 6 de octubre de 2014 en Sesión Nº 222. Pág. 20.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo para la Transparencia (22 de diciembre de 2012). Consejotransparencia.cl. Recuperado el 14 de julio de 2014, de http://www.consejotransparencia.cl/aniversario-tiempo-de-balances/consejo/2012-12-22/001338.html

Emol (23 de septiembre de 2013). Emol.com. Recuperado el 14 de julio de 2014, de http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/23/621086/pinera-reitera-condena-a-violaciones-a-los-ddhh-en-dictadura-en-foro-mundial-de-lideres-en-eeuu.html

Emol (3 de abril de 2014). Emol.com. Recuperado el 14 de julio de 2014, de http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/04/03/653466/chile-y-brasil-firman-acuerdo-de-intercambio-de-informacion-sobre-crimenes-de-las-dictaduras.html

El Mercurio (13 de julio de 2014). Elmercurio.com. Recuperado el 14 de julio de 2014, de http://diario.elmercurio.com/2014/07/13/reportajes/reportajes/noticias/67303e64-8fc0-4342-af08-a8a3ba42b170.htm

Garretón, F., González, N., & Lauzán, S. (2010). *Políticas públicas de verdad y memoria en 7 países de América Latina.* Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

International Council on Archives (1 de septiembre de 2011). ISAD(G) Norma internacional general para la descripción archivística. Obtenido de http://www.ica.org/download.php?id=1745

International Council on Archives (26 de octubre de 2012). Application of ISAD(G) for Human Rights Archive. Obtenido de http://www.ica.org/download.php?id=2618

INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

INDH (2013). *Informe Anual 2013. Situación de los Derechos Humanos en Chile.* Santiago, Chile.

La Segunda (6 de septiembre de 2013). Lasegunda.com. Recuperado el 14 de julio de 2014, de http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2013/09/877153/Historico-mea-culpa-Corte-Suprema-reconoce-omisiones-durante-la-dictadura

La Tercera (25 de junio de 2012). Latercera.com. Recuperado el 14 de julio de 2014, de http://diario.latercera.com/2012/06/25/01/contenido/cultura-entretencion/30-112366-9-autoridades-e-historiadores-polemizan-sobre-el-rol-del-museo-de-la-memoria.shtml

La Rue, F. (4 de septiembre de 2013). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/68/362.

Mate, R. (2008). *La herencia del olvido*. Madrid: Errata naturae.

Orentlicher, D. (8 de febrero de 2005). Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1

Ortiz, P. (2012). *Análisis Derecho Comparado en legislación archivistica.* Consejo para la Transparencia. Obtenido de http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/legislacioun_comparada.pdf

RECOMENDACIONES



RECOMENDACIONES GENERALES

En cumplimiento de las facultades que otorga la Ley 20.405, el INDH realiza recomendaciones generales para el resguardo y respeto de los derechos humanos (artículo 3), que complementan aquellas que se realizan en materias específicas para cada capítulo del presente Informe Anual 2014. Las recomendaciones se refieren solamente a aquellos ámbitos abordados en el presente informe o que están pendientes de años anteriores.

Estas recomendaciones generales están dirigidas a todos los poderes del Estado. Las mismas buscan contribuir a mejorar la efectividad de la acción estatal o bien a señalar su necesidad cuando esta no está presente, en materia de promoción y protección de los derechos humanos de acuerdo con los estándares en la materia.

1. **Producción de información pública.** El INDH reitera la importancia de la producción de información para poder realizar diagnósticos y diseñar políticas públicas pertinentes. El INDH reitera su llamado a los poderes del Estado a generar información necesaria para evaluar cómo se garantizan los derechos humanos en el país, especialmente desagregada por sexo, edad, discapacidad, entre otras, destinando los recursos financieros necesarios para generar dicha información. Esto es especialmente evidente, en el marco de este informe, por ejemplo, en el ámbito del trabajo doméstico no remunerado, en el terreno de los derechos laborales, en el de la salud, y en relación con las personas afrochilenas.

2. **Ratificación de instrumentos internacionales pendientes.** El INDH hace nuevamente un llamado al Estado a preocuparse por la situación de Chile respecto de los tratados de derechos humanos pendientes de ratificación, en particular, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Pacto de San Salvador", el Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, y el Protocolo Opcional Nº 3 a la Convención de los Derechos del Niño.

3. **Hacer efectivas las instancias de participación ciudadana.** El INDH reitera su recomendación en orden a incorporar instancias de participación ciudadana en los procesos de diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas tanto a nivel central, como regional y local, a los fines de brindar mayores oportunidades de participación a la ciudadanía en los asuntos que les competen mediante la información, la consulta y decisión, y otras modalidades que pudieran contribuir a mejorar los resultados de la gestión, fomentando mayores niveles de transparencia y control.

4. **Garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad en las diferentes regiones del país.** El INDH insta a los poderes del Estado a cumplir con el deber constitucional de garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación por parte de las personas que habitan el territorio.

5. **Fortalecer las atribuciones y la independencia de los órganos fiscalizadores del Estado.** El INDH reitera su recomendación referida a fortalecer la fiscalización, especialmente en ámbitos donde la provisión de bienes y servicios vinculados a la satisfacción de derechos fundamentales es llevada a cabo por privados, para garantizar que los mismos sean accesibles, asequibles, de calidad y provistos sin discriminación. También recomienda que se garantice que los organismos fiscalizadores sean completamente autónomos, sin estar bajo la órbita del Poder Ejecutivo.
6. **Promover una cultura de derechos humanos.** El INDH reitera la recomendación a los tres poderes del Estado en orden a contribuir con una cultura de derechos humanos en el país, que por medio de campañas públicas, formación y capacitación promueva su valor universal y su respeto sin discriminación. En este ámbito reitera la recomendación en orden a capacitar a funcionarios/as del Estado en estos temas, y llama al Poder Ejecutivo a elaborar a la brevedad el Plan Nacional de Derechos Humanos.

RECOMENDACIONES PARTICULARES

DESAFÍOS PARA LA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

El INDH recomienda a los poderes Legislativo y Ejecutivo que el mecanismo que se adopte para una reforma constitucional o una nueva Constitución, permita el ejercicio efectivo de derechos humanos, en particular, el derecho de los pueblos a la libre determinación y el derecho a la participación política.

Cualquiera sea la modalidad que se adopte para estos efectos, el INDH recomienda que esta promueva estándares de participación amplios, inclusión de grupos discriminados, equilibrio entre hombres y mujeres, representatividad territorial, transparencia e igualdad de voto.

El INDH recomienda que una reforma constitucional o una nueva Constitución pueda reconocer algunos derechos económicos, sociales y culturales no contenidos en la actual (agua y vivienda), y otorgarles resguardos directos de naturaleza administrativa y judicial con el objeto de favorecer la exigibilidad de derechos que hoy no los tienen (salud, seguridad social).

Al mismo tiempo, el INDH reitera su recomendación al Poder Ejecutivo y Legislativo de modificar la Constitución Política de la República en su artículo 16 con el objetivo de superar la infracción actual, y que en las próximas elecciones puedan votar todas las personas en prisión preventiva.

El INDH reitera a los poderes Legislativo y Ejecutivo la recomendación en cuanto a dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, que dé paso a un debate sobre las posibles formas de autonomía y autogobierno.

INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

El INDH reitera la necesidad de avanzar hacia la aprobación del proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos a los fines de contar con una instancia gubernamental en derechos humanos con capacidad para diseñar, coordinar e implementar políticas públicas, y en particular, un plan de acción nacional en la materia.

El INDH reitera su recomendación en orden a que el Poder Ejecutivo avance en la instalación del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, en cumplimiento al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, por medio de la aprobación de una Ley que formalice y financie de forma permanente dicha institucionalidad.

El INDH reitera su recomendación al Poder Ejecutivo y Legislativo, referida a reformar la justicia militar de manera de circunscribir la competencia de los juzgados militares al conocimiento de delitos cometidos por personal militar en servicio activo, en cumplimiento de funciones militares y por

delitos militares, dando cumplimiento a la sentencia del caso Palamara Iribarne vs. Chile de 2005. En todos los casos, la participación de civiles en condición de víctima o de imputado debe estar entregada a la justicia ordinaria.

Se recomienda al Poder Ejecutivo y Legislativo a que en el análisis y reforma a la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, supere las deficiencias en materia de garantías del debido proceso, brinde una definición clara y precisa de terrorismo, evitando tipificar como delito terrorista otras formas de violencia política que, si bien condenables, no constituyen terrorismo.

El INDH recomienda a Carabineros evaluar la aplicación de los Protocolos sobre procedimientos policiales relacionados con el mantenimiento del orden público durante las manifestaciones, a objeto de asegurar su cumplimiento efectivo.

También recomienda a la misma institución, así como a la PDI, evaluar sus procedimientos a objeto de implementar plenamente las sentencias de los tribunales recaídas en casos de violaciones de derechos humanos por parte de sus efectivos.

Finalmente recomienda al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que acorde a las funciones que la Constitución y las leyes le asignan, adopte las medidas necesarias para asegurar la sanción administrativa de los efectivos policiales frente a casos de violaciones de derechos humanos.

CATÁSTROFES NATURALES, EMERGENCIAS Y DERECHOS HUMANOS

El INDH insta al Poder Ejecutivo al desarrollo de un adecuado diseño institucional que permita al Estado desarrollar una política de prevención y reducción de riesgos ante desastres naturales, con especial atención en los grupos vulnerados como niños/as y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, mujeres, entre otros.

El INDH reitera a los poderes del Estado la necesidad de reconocer, a nivel constitucional y legal, el derecho a una vivienda adecuada de acuerdo con los estándares internacionales en derechos humanos. Asimismo, insiste en el deber del Poder Ejecutivo –en el plano de la planificación territorial y la reconstrucción– de adecuar las bases de la política habitacional, de modo que garantice a todas las personas el acceso a una vivienda adecuada, incluyendo los atributos de seguridad de la tenencia, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación, adecuación cultural y disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura.

ACCESO A LA JUSTICIA

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN PRISIÓN PREVENTIVA

El INDH recomienda al Poder Legislativo adecuar el artículo 140 del Código Procesal Penal, en su inciso sexto y séptimo, acorde al derecho internacional de los derechos humanos, dejando la prisión preventiva como una medida excepcional.

El INDH recomienda al Poder Judicial, en especial a los Juzgados de Garantía y las Cortes de Apelaciones, acotar la aplicación de la prisión preventiva para los casos donde sea estrictamente necesaria, dando preferencia a medidas menos lesivas de la libertad personal y haciendo primar la presunción de inocencia. Allí cuando la prisión preventiva sea aplicada, los jueces/zas deberán fundamentar dicha decisión.

El INDH recomienda al Poder Judicial que, especialmente en el caso de adolescentes, considere su interés superior y la necesidad de preferir medidas alternativas a la internación provisoria, acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño.

El INDH recomienda al Poder Legislativo garantizar a nivel constitucional la existencia de una acción indemnizatoria eficaz y oportuna para las personas que hayan cumplido prisión preventiva arbitraria.

EJERCICIO DE DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN PROCESOS JUDICIALES

Tal como el INDH lo ha señalado en años anteriores, se recomienda al Poder Ejecutivo que adopte a la brevedad una normativa y una política integral de protección de los

derechos de niños, niñas y adolescentes acorde a los estándares de la Convención de los Derechos del Niño. En particular, en el caso de que sean víctimas y testigos en procesos judiciales, el INDH recomienda que se revisen las normativas correspondientes (CPP, Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, entre otras) para que las diversas instituciones que intervienen aborden de manera coherente y homogénea el tratamiento de este grupo en estos procesos.

Se recomienda al Ministerio Público y a los Tribunales de Justicia que garanticen el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser escuchados/as en procesos judiciales en condiciones respetuosas de sus derechos, para lo cual deben adaptar el trato y capacitar a sus profesionales.

Se recomienda además que los Tribunales de Familia y Tribunales Orales en lo Penal se informen mutuamente de aquellas causas en que se vean involucrados/as NNA, tanto en su calidad de víctimas como de testigos, de forma tal de que se elimine su participación paralela en ambos tribunales.

Se recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial que desarrollen protocolos comunes para casos en que un NNA sea víctima o testigo de delitos sexuales.

AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

El INDH recomienda al Poder Legislativo revisar y modificar aquellos artículos del Código Procesal Penal, Código Civil y otras leyes que son contrarias a la integración de PcDM, en especial aquellos casos en que no se reconoce una gradación de la discapacidad mental, su capacidad jurídica, su derecho a autorizar el tratamiento y a tener acceso a su ficha médica de manera de propender a la autonomía de estas personas.

Se recomienda al Ejecutivo desarrollar políticas que promuevan en las instituciones públicas y privadas de atención de salud, así como en la población, el paso de un modelo de sustitución de decisiones a un modelo de apoyo en la toma de decisiones de personas con discapacidad mental para propender a su autonomía.

Se recomienda a Gendarmería que cumpla con la prohibición de ingreso de personas imputadas con discapacidad mental a sus establecimientos.

Se recomienda al Poder Ejecutivo que fortalezca el rol de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales (CONAPPREM), de forma que todo procedimiento irreversible posea su evaluación y autorización correspondiente.

TRABAJO NO REMUNERADO EN EL AMBITO DOMÉSTICO

El INDH recomienda avanzar hacia el reconocimiento jurídico, social y económico del trabajo doméstico no remunerado, estipulando los derechos y la protección de quienes lo desempeñan y las responsabilidades de la familia, los empleadores, el Estado y la comunidad.

Como una responsabilidad conjunta entre INE y SERNAM, el INDH recomienda realizar una medición regular del tiempo de trabajo doméstico no remunerado realizado por personas de todas las edades y condiciones sociales, analizando sus efectos sobre el disfrute de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Además propone a dichos órganos medir y caracterizar las necesidades de cuidado de todas las personas dependientes en el país, catastrando los servicios públicos, privados y no gubernamentales disponibles para atender sus requerimientos, de manera de orientar políticas de redistribución de cuidados.

Por último, el INDH alienta la expansión de servicios públicos de cuidado y apoyo a personas dependientes, para permitir que mujeres y hombres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, y para reducir la carga de trabajo doméstico no remunerado de las mujeres.

DERECHOS DE LAS PERSONAS AFROCHILENAS

El INDH recomienda a los Poderes Ejecutivo y Legislativo reactivar el debate legislativo en torno al reconocimiento de las personas afrodescendientes, con el objeto de garantizar los derechos de la comunidad.

Asimismo propone que el Instituto Nacional de Estadística incorpore la variable afrodescendiente en la próxima me-

dición censal, así como en otros instrumentos de medición estadística, con el objeto de llenar el vacío de información en esta materia, que permita elaborar políticas públicas inclusivas y que den adecuado reconocimiento a la diversidad del país.

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

El INDH recomienda a los servicios públicos de la Administración del Estado que, en el marco del ejercicio de sus funciones, se garantice la libertad religiosa y de culto de todas las personas, sin discriminación, en especial, de grupos vulnerados como las personas privadas de libertad. Este deber comprende el resguardo y protección de los edificios y lugares de culto.

El INDH recomienda también que los casos que se judicialicen, donde esté en tensión la libertad de manifestar la religión o creencia, el Poder Judicial enmarque su análisis bajo el régimen de restricciones legítimas permitidas en el derecho internacional, lo que implica revisar el cumplimiento de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad de la restricción.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DERECHO AL TRABAJO Y TRIBUNALES LABORALES

El INDH recomienda al Poder Legislativo revisar y, en su caso, modificar la definición de "actos discriminatorios" establecida en el artículo 2 inciso cuarto del Código del Trabajo ampliando el alcance no solo a aquellos actos que tengan por objeto discriminar, sino que también a aquellos que tengan por resultado una discriminación. Asimismo, se debe esclarecer en la misma definición que los criterios sospechosos allí planteados no son taxativos, ya que la prohibición de discriminación es más amplia.

El INDH recomienda al Poder Judicial capacitar a sus jueces y juezas laborales en materia de reparación por vulneración de derechos, de modo tal de garantizar la adecuada reparación y no repetición.

El INDH recomienda que, al momento de llamar a conciliación, se evalúe el contexto o la situación del resto de los trabajadores de la empresa. Lo anterior, con el fin de evitar que el solo pago de las compensaciones pecuniarias impida al tribunal intervenir o proponer remedios respecto de situaciones de vulneración o de propensión a ellas, que excedan el interés individual del trabajador demandante.

DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA REFORMA EDUCACIONAL

El INDH reitera su recomendación de adoptar las medidas necesarias para la aplicación progresiva de la enseñanza gratuita en todos los niveles, así como adoptar las medidas legislativas y administrativas tendientes a prohibir mecanismos discriminatorios de selección. En este sentido, se insta al Ministerio de Educación y al Congreso a avanzar en una reforma educacional que elimine los procesos de selección por motivos arbitrarios en los establecimientos en general y los cobros que impiden la entrada o permanencia de estudiantes a los establecimientos con financiamiento estatal.

Se reitera la recomendación al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, de fiscalizar que los reglamentos internos de instituciones educacionales se ajusten a derecho, y promuevan una cultura de respeto de los derechos humanos al interior de cada institución, para lo cual deberá velar porque el proceso de reforma fortalezca las facultades de dicho Ministerio de manera de garantizar el respeto de los derechos humanos en todo tipo de establecimientos.

Para garantizar el principio de igualdad en el goce del derecho a educación de calidad de grupos tradicionalmente excluidos, las autoridades parlamentarias y de gobierno deben tener especial preocupación en procurar que la regulación de la asignación de recursos, que se discuta en el marco de la reforma, sean suficientes para asegurar el acceso y disponibilidad de educación de calidad que responda a las necesidades de comunidades como la población indígena, la población rural, las personas con necesidades educativas especiales, los privados de libertad y los adultos sin escolaridad completa.

El INDH reitera la recomendación para que el Estado, en su rol de garante del Derecho a la Educación, avance en reconocer y afianzar mecanismos para su exigibilidad. En este sentido, se recomienda al Poder Legislativo avanzar en el fortalecimiento de las tutelas constitucionales del derecho a la Educación y perfeccionar los resguardos jurídicos de la educación en todos los niveles y modalidades del sistema de educación formal, en particular en la educación parvularia y superior.

El INDH reitera la recomendación al Poder Ejecutivo de elaborar a la brevedad el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, con participación de distintos ministerios y de la ciudadanía, para orientar los procesos de educación en derechos humanos que debiesen incorporarse a todos los niveles de educación formal, a la capacitación a funcionarios públicos y a los procesos de promoción de una cultura respetuosa de los derechos humanos en la sociedad, asignándole recursos suficientes para permitir su implementación.

El INDH recomienda al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo que tanto la iniciativa actualmente en trámite como otras que se presenten en el futuro, sean respetuosas de la libertad de enseñanza y la diversidad de los proyectos educativos.

DERECHO A LA SALUD Y MATERNIDAD

El INDH recomienda la generación de una Ley de salud y maternidad que garantice de manera integral el derecho de las mujeres, parejas y familias, a decidir libremente el número y espaciamiento de hijos e hijas, así como la oportunidad para tenerlos/as, la protección a la maternidad, el acceso a información y educación sexual, entre otros.

El INDH recomienda asegurar la aplicación de la Ley 20.584 (2012) que regula los Derechos y Deberes de las personas en la atención en salud, en las atenciones gineco-obstétricas, para identificar, prevenir, sancionar y erradicar las distintas formas de violencia contra las mujeres en su atención a la salud ginecológica y la atención obstétrica (violencia obstétrica), como aplicación de procedimientos o medicamentos innecesarios, no consentidos, o no informados de manera adecuada, malos tratos a la mujer gestante, y otros derechos establecidos en la misma ley. Los servicios de salud deben informar a las mujeres sobre estos derechos y sobre los lugares y formas de presentar quejas y reclamos.

El INDH recomienda asegurar el pleno cumplimiento de la Ley 20.418 sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, en todos los centros de salud, así como en los establecimientos educativos, atendiendo especialmente a la reducción de embarazos en adolescentes y a la cobertura de demanda insatisfecha de métodos de anticoncepción para mujeres y hombres.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo ampliar el apoyo de servicios, recursos y atención médica que requieran las mujeres y hombres que deseen ser madres y padres, especialmente de quintiles socioeconómicos más bajos. Estos programas de apoyo deben contar con el financiamiento correspondiente en la Ley de presupuesto.

El INDH recomienda ampliar la cobertura de la fertilización asistida al incorporarla a las Garantías Explícitas en Salud (AUGE), haciéndose cargo del debate sobre manipulación de embriones.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo que el actual debate en torno a las causales de aborto sea plural, participativo, y que tenga en cuenta los estándares internacionales en la materia. El INDH sugiere al Poder Ejecutivo y al Legislativo clarificar si lo dispuesto actualmente en los arts. 342-345 del Código Penal en relación con el aborto terapéutico (referidos a quien maliciosamente causare un aborto, al que con violencia ocasionare un aborto, a la mujer que cause su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, y al facultativo que abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él), significa que este no está penado allí cuando no existe abuso de oficio o dolo por parte del personal de salud.

TERRITORIOS Y DERECHOS HUMANOS

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TERRITORIOS Y CONSULTA PREVIA

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo convocar a un diálogo amplio y concertado con los pueblos interesados, que se plantee entre otros desafíos, cambios en el diseño institucional que garanticen el recono-

cimiento pleno a los derechos de los pueblos indígenas, y a la condición multicultural del Estado y la sociedad chilena.

El INDH insiste en la necesidad de que el Poder Ejecutivo diseñe e implemente una política integral en materia de tierras, con recursos adecuados. Esta política debiera considerar, entre otras cosas, i) la adecuación de la normativa interna (Ley 19.253) con el objeto de reconocer, proteger y garantizar efectivamente los derechos a la tierra y el territorio de dichos pueblos, incluidos aquellos de carácter ancestral, de acuerdo a como son concebidos en el derecho internacional de los derechos humanos; ii) la construcción, mediante un diálogo político amplio que sea conducido por el Poder Ejecutivo, de un catastro actualizado que delimite las tierras y territorios indígenas, y iii) el diseño de mecanismos idóneos, pertinentes culturalmente, y ajustados a la normativa internacional, para avanzar en la restitución de las tierras y los territorios reivindicados por los pueblos indígenas, incluidas aquellas tierras tradicionales indígenas, bajo las condiciones y limitaciones que establece el derecho internacional de los derechos humanos.

Para el caso de que dichas tierras estén inscritas a nombre de particulares, el INDH recomienda al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo que dicha legislación contemple, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de esas tierras indígenas, con la correspondiente indemnización a favor de terceros.

Si esas tierras estuvieran a nombre del fisco, el INDH recomienda al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo que la legislación contemple el expreso reconocimiento de la propiedad indígena sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indígenas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción, incluyendo causales de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo y al Legislativo revisar la coherencia entre la normativa sobre el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas (Decreto Supremo 66 y Decreto Supremo 40) y los estándares internacionales, con la participación y consulta de los pueblos indígenas.

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

El INDH recomienda al Ministerio de Medio Ambiente disminuir el tiempo que transcurre entre la declaración de una zona saturada o latente y la implementación de un Plan de descontaminación, en especial para aquellas zonas que cuentan con una reconocida contaminación sistémica. Para ello es necesario que los permisos otorgados por las Seremi de Salud sean realmente vinculantes para las municipalidades.

El INDH recomienda además fortalecer las capacidades fiscalizadoras de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante el aumento en el número de profesionales y de la apertura de nuevas oficinas fuera de las regiones de asentamiento, priorizando aquellas donde se identifica una contaminación sistémica.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo que considere la incorporación de materias de derechos medioambientales en la formación de funcionarios públicos relacionados con estos temas.

El INDH urge al Senado y al Poder Ejecutivo a la pronta instalación del primer TA de Antofagasta.

Se recomienda a los Tribunales Ambientales que sesionen regularmente fuera de su comuna de asentamiento, de forma que se garantice el acceso a la justicia ambiental para todos los habitantes sin discriminación.

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS EN EL PERÍODO 1973-1990

ACCESO A INFORMACIÓN, ARCHIVOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

El INDH recomienda a los poderes colegisladores garantizar el acceso a la información relacionada con las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, eliminando la cláusula de secreto de la Ley 19.992 (Valech I) a los fines de

que los tribunales de justicia tengan acceso a dichos antecedentes, siempre que no se afecten derechos de terceros.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo avanzar en la elaboración y ejecución de una política pública de archivos que garanticen la integridad y el acceso público al acervo documental asociado a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.

El INDH recomienda al Poder Legislativo dar cumplimento al fallo de la Corte IDH Almonacid Arellano, de modo de asegurar que el Decreto Ley de Amnistía no represente un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción a los responsables de delitos de lesa humanidad.

El INDH recomienda al Poder Ejecutivo proveer todos los recursos que sean necesarios, incluidos el fortalecimiento del Programa de Derechos Humanos, del SML y la Brigada de Derechos Humanos de la PDI, con el objeto de que sin dañar la calidad de las investigaciones en curso, estas logren avanzar y culminar.

El INDH recomienda que los tribunales superiores de justicia sigan absteniéndose de reconocer valor jurídico a instituciones reñidas con la naturaleza imprescriptible de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

El INDH recomienda al Poder Judicial reconocer el derecho de las víctimas y sus familiares a ser resarcidas en sede judicial, por el daño ocasionado como consecuencia de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.

INFORME DE GESTIÓN



En memoria de **Sara Carrasco** (1948 – 2014), incansable defensora de los derechos humanos, se desempeñó como asistente social en la Vicaría de la Solidaridad y en la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC). Posteriormente continuó su labor en la Comisión Rettig, en la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y en la Comisión Valech II. Durante los últimos años se desempeñó en el Instituto Nacional de Derechos Humanos, destacando por su profesionalismo y su compromiso permanente con la causa de los derechos humanos.

COMIENZO DEL SEGUNDO CICLO: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y PROYECCIÓN

El año 2014 es el inicio de un nuevo ciclo para el INDH. Los primeros tres años de instalación y posicionamiento (julio de 2010 - julio de 2013) permitieron abrir paso a este segundo trienio (julio 2013 - julio 2016), durante el cual se ha continuado el trabajo de consolidación y ha comenzado la etapa de desarrollo institucional que permitirá proyectar al INDH hacia el año 2015 y 2016, terminando sus primeros seis años de vida con una nueva evaluación acorde a las exigencias que en materia de derechos humanos nos impone la realidad de Chile y su relación con el concierto internacional. En función de estos hitos, en las siguientes páginas se rinde cuentas respecto de los distintos ámbitos de gestión del INDH, conforme a su mandato de promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas que habitan en Chile.

Así como en años anteriores, este período delineado por la Dirección y el Consejo del INDH es guiado por los Principios de París, que establecen los lineamientos y estándares a los cuales este tipo de instituciones debe acogerse, y a la Ley 20.405 que crea el INDH, fija su mandato institucional y el conjunto de funciones que debe cumplir. Articulando ambos marcos normativos se definió el modelo y el plan de desarrollo institucional que ha guiado el recorrido del INDH en sus ya más de cuatro años de existencia, así como las redefiniciones que se han realizado en virtud de la evolución de los consensos nacionales e internacionales, las necesidades del territorio chileno y sus habitantes.

En este 2014, tras haber recorrido con éxito el primer trienio, se abrió un nuevo horizonte de consolidación y desarrollo institucional que necesitó de nuevas definiciones para avanzar hacia la proyección de un INDH en constante crecimiento cuantitativo y cualitativo. Es así como a fines de 2013 la Dirección y el Consejo del INDH revisaron la visión y los objetivos estratégicos del INDH para responder a esta nueva etapa, instalándose este período con los siguientes lineamientos:

- Visión: "El INDH contribuye de manera relevante a la protección y a la promoción de una cultura de derechos humanos mediante informes, declaraciones y recomendaciones que gozan de credibilidad ante la comunidad y los poderes del Estado en virtud de su consistencia, rigor y veracidad. Realiza la totalidad de sus acciones de manera autónoma, independiente y pluralista".
- Objetivo estratégico N° 1: "Integrar en su actuar diversas perspectivas vinculadas a los derechos humanos en tanto universales, indivisibles e interdependientes".
- Objetivo estratégico N° 2: "Articular a nivel nacional un sistema eficaz de seguimiento y defensa de los derechos humanos".
- Objetivo estratégico N° 3: "Ampliar la comprensión social de los derechos humanos en todas sus dimensiones".
- Objetivo estratégico N° 4: "Asesorar y cooperar con organismos públicos y de la sociedad civil, nacionales e internacionales, en la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos".

Tanto la visión como los objetivos estratégicos siguen respondiendo a la Misión del INDH, enmarcada en la Ley 20.405: "Cautelar y promover la plena vigencia de los derechos humanos en Chile. En su calidad de institución de la República, le corresponde observar, informar e intervenir en la defensa de los derechos humanos amenazados o vulnerados, como asimismo impulsar la construcción de una cultura que los reconozca y promueva en todos los ámbitos de la vida nacional".

Desde estas definiciones estratégicas, el año 2014 abre un horizonte de tres años que se sintetiza en la siguiente figura:



POSICIONAMIENTO FRENTE A INSTITUCIONES CLAVE

El INDH, para cumplir su mandato institucional y su compromiso con todos/as los/as habitantes del territorio de Chile, debe relacionarse con diversos organismos del Estado, que hoy reconocen al INDH con sus funciones y atribuciones en materia de derechos humanos, convirtiéndose este en un actor relevante en las discusiones relativas a esta temática.

Varios temas estuvieron en discusión en el país en este período: aplicación y reformas a la Ley Antiterrorista, tortura en centros de privación de libertad y la tipificación de este delito, la acción de carabineros en el marco de manifestaciones sociales, el fortalecimiento de la institucionalidad de derechos humanos en Chile, y la relación del Estado con los diversos órganos que componen el sistema internacional de los derechos humanos, entre otros. En todos ellos, el INDH fue una voz y un actor relevante, tanto para las autoridades de los distintos poderes del Estado, como para la sociedad civil y los organismos internacionales.

La Mesa de Movilización Social convocada por la Intendencia Metropolitana para establecer un diálogo en relación con el ejercicio del derecho a manifestación fue una de las instancias institucionales que contaron con la presencia del INDH. En esta, el Instituto puso a disposición los estándares internacionales de derechos humanos en la materia y los compromisos asumidos por Chile, además de fomentar que Carabineros de Chile hiciera públicos sus protocolos para el mantenimiento del orden público, para conocimiento de toda la ciudadanía. Instancias sectoriales y multisectoriales sobre migración, trata de personas, seguridad, pueblos indígenas, entre otras, contaron con la participación del INDH.

También en la discusión sobre la reforma a la Ley Antiterrorista, el INDH fue consultado tanto por los medios de comunicación y por las autoridades, realizando una exposición de un informe sobre esta ley, aprobado por el Consejo del INDH, ante la comisión designada por la Presidenta de la República para reformar el referido cuerpo legal. Adicionalmente, participó en comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado en el marco de la tramitación de diversos proyectos de ley, como la Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Ley de identidad de género.

La participación en instancias institucionales se ha visto complementada con la presencia y el apoyo del INDH a los tres poderes del Estado, en los que se han anunciado o inaugurado políticas públicas para avanzar en el respeto y la defensa de los derechos humanos. Una muestra de esto es la campaña "Una gota de tu sangre por la verdad y la justicia", impulsada por el Ministerio de Justicia y el Servicio Médico Legal, junto con organizaciones de derechos humanos, contó con el apoyo del INDH para su divulgación.

Las acciones de educación y promoción hacen parte fundamental de la colaboración con el Estado y universidades, por medio de capacitaciones, seminarios, congresos, diplomados

y otras iniciativas en esta materia, tanto para funcionarios y funcionarias públicas, como para profesionales que desde sus trabajos puedan aportar a mejorar la situación de los derechos humanos en Chile.

Así como la colaboración del INDH ha aportado en el impulso de iniciativas para avanzar en la garantía de los derechos humanos, este también ha instalado la conciencia respecto de vulneraciones de derechos que antes eran invisibilizadas. Una de ellas se refiere a la tortura. La afirmación de que hoy en Chile se tortura se fue instalando en la opinión pública a partir de la insistente labor de denuncia y de las acciones del INDH para erradicar esta práctica, tanto en tribunales como por otras vías.

Las acciones judiciales del INDH en diversas materias también han aumentado durante este período, abordando situaciones de trata de personas y tortura, además de la competencia de la justicia militar y la interposición de recursos de amparo en casos en que los derechos humanos de grupos vulnerados se han puesto en riesgo.

SOCIEDAD CIVIL

La vinculación con la ciudadanía y con las organizaciones de la sociedad civil hace parte del trabajo cotidiano del INDH. En este período, el Instituto ha logrado que la ciudadanía lo reconozca como un actor capaz de defender y promover sus derechos, así como de responder a las demandas de conocimiento y garantía de estos. Cada días más, las personas acuden al Instituto para pedir información, ayuda o realizar denuncias de vulneraciones a los derechos humanos, lo que comprueba que el INDH se ha instalado como un actor relevante para los habitantes del territorio nacional.

Es así como también se realizaron continuamente reuniones con organizaciones de migrantes y refugiados, de estudiantes, de la diversidad sexual, de memoria y de otros grupos que hacen parte de la pluralidad de actores sociales que hoy buscan avanzar en sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, entre otros. Este vínculo con la ciudadanía se ha visto fortalecido por las misiones de observación que realiza el INDH tanto en las manifestaciones sociales, como en territorios específicos por problemas penitenciarios o medioambientales, y en procesos judiciales. Adicionalmente, el Consejo Consultivo del INDH fue convocado para conocer la propuesta de índice del Informe Anual 2014, sobre la situación de los derechos humanos en Chile y también para conocer los desafíos del Estado en materia de DDHH en relación con el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y su Examen Periódico Universal, entre otras temáticas.

ORGANISMOS INTERNACIONALES

Este año estuvo marcado por los exámenes del Estado de Chile ante dos organismos internacionales: el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Comité de Derechos Humanos del mismo organismo multilateral. En ambos, el INDH participó activamente presentando sus observaciones e informes complementarios respecto de la situación de los derechos humanos en Chile y al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La participación del INDH fue difundida por los medios de comunicación nacionales e internacionales, aportando a la formación de la opinión pública respecto de la labor de los organismos del Sistema Internacional de los Derechos Humanos, los compromisos asumidos por Chile y el rol del INDH en este proceso. Es relevante el reconocimiento que realizó el Comité a la creación del INDH, así como su inquietud ante el hecho de que este organismo no disponga de recursos propios y suficientes para la plena ejecución de su mandato y que no cubra todas las regiones del territorio nacional.

En este período, el vínculo y trabajo permanente con organismos internacionales se ha fortalecido, destacándose las reuniones y el trabajo conjunto con Unicef, ONU Mujeres, ACNUDH, entre otros, en consonancia con el mandato del INDH y con las obligaciones internacionales que ha contraído el Estado de Chile.

PROYECCIÓN A REGIONES

Todo el desarrollo que ha alcanzado el INDH a lo largo de estos años, permite concretar un anhelo: la proyección de su institucionalidad a regiones. Durante este 2014 se realizó una intensa labor de planificación para avanzar

hacia el crecimiento del INDH a lo largo del país, de manera de responder a las necesidades de los y las habitantes del territorio nacional, así como a las recomendaciones planteadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, desconcentrando la labor del INDH y ampliando su marco de acción a otros lugares de Chile.

Es así como a partir del 2015 comenzará la implementación gradual de seis sedes regionales en las regiones de Arica y Parinacota, Antofagasta, Valparaíso, Biobío, La Araucanía y Los Lagos, con la proyección de aumentar la presencia regional a otras regiones durante el año 2016, respetando los estándares de alta dirección pública y en sintonía con el trabajo realizado por el INDH a lo largo de estos años y los desafíos que plantea el próximo período.

RENDICIÓN DE CUENTAS 2014 POR PROGRAMA

PROGRAMA DE EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

El programa de educación en derechos humanos está orientado a promover la enseñanza formal e informal de los derechos humanos en Chile, lo que involucra un trabajo en todos los niveles del sistema educacional, en las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, así como también en la ciudadanía en general y particularmente en los grupos vulnerados. Para ello el INDH propicia el desarrollo de estudios, investigaciones y publicaciones que dicen relación con la formación y capacitación de distintos actores e instituciones, y al mismo tiempo ha implementado una política de reconocimiento público (premios) y de patrocinio a eventos asociados a los derechos humanos. Junto a lo anterior, el INDH elabora una serie de materiales pedagógicos y de difusión, y desarrolla redes de colaboración con universidades y organismos públicos mediante los cuales se han implementado programas específicos de formación en la materia dirigidos a distintos grupos objetivo.

Los productos asociados a este programa se enmarcan dentro del mandato legal establecido en el Art. 3° N° 9 de la Ley 20.405, de difundir el conocimiento de los derechos humanos y favorecer su enseñanza en todos los niveles del sistema educacional, incluido la formación impartida al interior de las FF.AA.

PRODUCTO 1	DESCRIPCIÓN
Continuidad de la estrategia de formación y capacitación en derechos humanos.	Continuidad de la estrategia de formación y capacitación en derechos humanos

Avances

Bajo marco de financiamiento del proyecto Unión Europea se ejecutan de 3 Diplomas: (i) Derechos Humanos, Democracia y Ejercicio de la Ciudadanía: en convenio con la Universidad de Concepción, (22 de agosto al 25 de octubre) con 35 participantes, de organizaciones de la sociedad civil. (ii) Inclusión social, derechos humanos y discapacidad, en convenio con la Universidad de Santiago con la participación de 19 funcionarios municipales y 5 representantes de la sociedad civil. El diplomado inició su fase lectiva el 16 de octubre (iii) Derechos Humanos y Personas Privadas de Libertad, en convenio con Universidad Diego Portales, Gendarmería y OACDH. En modalidad *b-learning*, implementa su primera fase presencial, con la participación de 50 funcionarios del sistema penitenciario.

El Diploma de Introducción al Derecho Internacional de los derechos humanos para funcionarios/as públicos que se realiza con el Centro de Derechos Humanos de la U. de Chile, está oficialmente suspendido hasta el primer semestre del 2015, por recambio de autoridades y redefiniciones internas del Centro al interior de la Facultad de Derecho. Misma situación opera para el diplomado de Educación en Derechos Humanos, en convenio con la Universidad de Playa Ancha.

Con fondos institucionales, se implementa desde marzo el Máster en derecho internacional de los derechos humanos, con la Universidad Diego Portales, en el que se matricularon 19 profesionales y funcionarios públicos. Está en ejecución el segundo semestre, de los tres que contempla el programa.

Se apoyó el diseño técnico de la licitación del diplomado de educación en derechos humanos, en modalidad *e-learning* que ha desarrollado Biblioredes, destinado a 300 docentes de todas las regiones del país (implementación 2015). Se ha iniciado el apoyo al equipo que se adjudicó dicha licitación, traspasando materiales y orientaciones.

Se han desarrollado módulos de derechos humanos en cursos: en Acción RSE sobre DDHH y Empresa, y talleres en PDI sobre Derechos Humanos y función del instructor.

Se han desarrollado 30 presentaciones sobre educación en derechos humanos, en 10 regiones del país como módulos en jornadas de sensibilización, congresos y coloquios; o como clases y talleres en centros universitarios, servicios públicos y municipios.

PRODUCTO 2	DESCRIPCIÓN
Fortalecimiento de Redes de Equipos de Educación en Derechos Humanos.	Acciones de articulación, coordinación y apoyo a la Red de Equipos Educación en Derechos Humanos (REEDH), en la que participan instituciones de educación superior, ONG y organismos internacionales de protección de derechos, y a la Red de Educación de sitios de memoria y conciencia de la RM (RESMYC).

Avances

REEDH: INDH coordina, apoya y realiza seguimiento. De acuerdo con el cronograma 2014, se constituyeron tres comisiones: (1) Comisión curso básico de derechos humanos, que elaboró una propuesta para revisión y ajuste del curso; (2) Comisión página *web*, genera una propuesta preliminar de *web*, logo corporativo y manual de estilo y cuenta de *Twitter*, (3) Comisión Seminario, que realiza el seminario "Investigación sobre Educación en Derechos Humanos: Una tarea pendiente" el día 27 de agosto, congregando a 120 personas aproximadamente.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) realizó un taller con Ana María Rodino, experta en EDH para la Red de Equipos de Educación en Derechos Humanos (REEDH), ubicada tanto en la zona centro, como sur del país.

RESMYC: Se elabora e imprime versión en inglés del folleto de Ruta de Memoria Activa elaborado en el año 2013 y se reimprime la versión en español.

En marzo se desarrolló un Taller de transferencia de herramientas de análisis curricular.

Se asiste regularmente a las sesiones mensuales y por el segundo semestre 2014, junto a ex-Clínica Santa Lucía, se ejerce el rol de secretaría de la Red.

PRODUCTO 3	DESCRIPCIÓN
Fortalecimiento de Redes de Equipos de Educación en Derechos Humanos.	Acciones de articulación, coordinación y apoyo a la Red de Equipos Educación en Derechos Humanos (REEDH), en la que participan instituciones de educación superior, ONG y organismos internacionales de protección de derechos, y a la Red de Educación de sitios de memoria y conciencia de la RM (RESMYC).

Avances

REEDH: INDH coordina, apoya y realiza seguimiento. De acuerdo con el cronograma 2014, se constituyeron tres comisiones: (1) Comisión curso básico de derechos humanos, que elaboró una propuesta para revisión y ajuste del curso; (2) Comisión página *web*, genera una propuesta preliminar de *web*, logo corporativo y manual de estilo y cuenta de *Twitter*; (3) Comisión Seminario, que realiza el seminario "Investigación sobre Educación en Derechos Humanos: Una tarea pendiente" el día 27 de agosto, congregando a 120 personas aproximadamente.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) realizó un taller con Ana María Rodino, experta en EDH para la Red de Equipos de Educación en Derechos Humanos (REEDH), ubicada tanto en la zona centro, como sur del país.

RESMYC: Se elabora e imprime versión en inglés del folleto de Ruta de Memoria Activa elaborado en el año 2013 y se reimprime la versión en español.

En marzo se desarrolló un Taller de transferencia de herramientas de análisis curricular.

Se asiste regularmente a las sesiones mensuales y por el segundo semestre 2014, junto a ex-Clínica Santa Lucía, se ejerce el rol de secretaría de la Red.

PRODUCTO 4	DESCRIPCIÓN
Desarrollo y fortalecimiento de equipos de educadores/as, defensores/as y observadores/as en derechos humanos.	Apoyo y asesoría a la formulación de planes, realización de eventos, y otras actividades tendientes a la institucionalización de los equipos de educadores/as, defensores/as y observadores/as de derechos humanos, en establecimientos educacionales, servicios públicos y organizaciones de la sociedad civil.

Avances

Se ha sistematizado la información sobre los equipos 2014.

Se han realizado capacitaciones y asesorías con equipos de:

- Académicos de universidades (Encuentro zona sur en Temuco para la elaboración de un proyecto de investigación sobre EDH en las universidades del sur UDEC, UBB y UFRO, el que continúa en desarrollo. Comienza un curso de capacitación y talleres para el equipo de la Universidad del Biobío, para fortalecer capacidades internas para el diseño e implementación de un diplomado en Educación en Derechos Humanos durante el 2015. Capacitación con equipos académicos de las Universidades de La Serena y Antofagasta. Se organiza un seminario sobre EDH y migrantes en el sistema escolar con CEPPE, UC, el que se realizará el 12 de diciembre de 2014.
- Equipos de profesionales de Organizaciones de voluntariado.
- El 5 de mayo se realizó una capacitación para Techo Latinoamérica y América Solidaria.
- Equipos de profesionales de Organizaciones Públicas.

Se desarrollan talleres de capacitación sobre Educación en DDHH con Municipalidad de Providencia, de Santiago, SERNAM y Consejo para la Transparencia, con los que se comienzan a definir líneas de trabajo conjunto para 2015.

PRODUCTO 5	DESCRIPCIÓN
Coordinación de prácticas y pasantías en INDH.	Establecimiento de convenios con Universidades y gestión de prácticas profesionales y pasantías dirigidas a la obtención de títulos de grado o posgrado en las distintas unidades del INDH.

Avances

Registro de practicantes y pasantes actualizado. Implementación de procesos de inducción general y de evaluación. Planificación de capacitación para nuevos o nuevas practicantes/pasantes sobre Sistema Interamericano de DDHH y sobre Sistema Universal, las que se llevan a cabo el día 8 de agosto y 24 de octubre. A la fecha se han realizado 7 prácticas: 3 en la Unidad Jurídica y Judicial, 2 en la Unidad de Colaboración y Atención a la Ciudadanía, 1 en la Unidad de Estudios y 1 en la UAF. Se firma Convenio Marco y se acuerda Anexo de Convenio con la UFRO para iniciar práctica en Temuco, junto con la UJJ.

PROGRAMA DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El programa de promoción de los derechos humanos busca que la ciudadanía en general así como determinados grupos tengan un mayor acercamiento y conocimiento de los derechos humanos, de modo que estén conscientes de estos y en condiciones de exigir que sean respetados tanto para sí como para las demás personas. En el marco de dicho programa, el INDH realiza un trabajo referido a identificar y diagnosticar situaciones de discriminación junto con impulsar acciones educativas, legislativas y de política pública que contribuyan al desarrollo de una cultura de respeto y tolerancia a la diversidad. Esto se complementa con el diseño y ejecución de acciones de difusión y sensibilización orientadas a la ciudadanía, que dicen relación con temáticas particularmente relevantes en la materia en función de la realidad y necesidades del país.

PRODUCTO 6	DESCRIPCIÓN
Análisis e incidencia en los medios de comunicación en el tratamiento de los derechos humanos.	El objeto del programa es identificar los principales problemas y vulneraciones a los derechos humanos en el tratamiento de noticias que realizan los medios de comunicación, y a partir de ellos generar recomendaciones para un ejercicio del periodismo con enfoque de derechos, de manera de aportar a la construcción de una cultura respetuosa de la diversidad y de los derechos de todos y todas.
Avances A partir del segundo semestre se trabajó en el levantamiento de información, el estudio de casos en medios de comunicación que utilizan distintos soportes y el marco teórico, para finalizar la redacción del manual a fines de este año. Este producto se lanzará durante el primer cuatrimestre del año 2015.	

PRODUCTO 7	DESCRIPCIÓN
Realización del 3er Concurso Nacional Arte y Derechos Humanos.	Por tercer año consecutivo se realizará el concurso que es una herramienta imprescindible en cuanto a promoción de DDHH y difusión del INDH. La convocatoria se abrirá el segundo trimestre del año, la premiación será el tercer trimestre del año y terminará el proceso con la exposición de las obras ganadoras. La difusión del concurso tendrá especial énfasis en regiones.
Avances El concurso tuvo como jurado a los siguientes especialistas en sus áreas: Viviana Díaz Caro, Premio Nacional de Derechos Humanos 2011; en Fotografía: Luis Poirot, Paz Errázuriz; en Afiche: Ma. José Bunster, Felipe Mella; en categoría Cuento: Carla Guelfenbein, Pablo Simonetti, y en Micrometraje: Andrea Chignoli, Andrés Wood. Se recibieron 249 obras, de las cuales 97 eran de regiones. De los trabajos ganadores, 6 de sus autores residen en regiones. Un avance significativo para la proyección del Concurso es el compromiso público que durante la ceremonia de premiación asumió la Ministra del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Claudia Baratini, en patrocinar y auspiciar el Concurso en sus próximas ediciones.	

PRODUCTO 8	DESCRIPCIÓN
Continuidad de la estrategia de difusión del quehacer del INDH a nivel nacional.	Es la base del trabajo del área de comunicaciones, en la que se insertan todas las acciones de difusión del quehacer institucional mediante la gestión de prensa, de los medios institucionales, la asesoría a Dirección y las campañas de incidencia pública a nivel nacional este 2014, con énfasis en llevar el mensaje de derechos humanos a grupos especialmente vulnerados.
Avances Se realizó la producción de una canción con un videoclip para enviar un mensaje de integración y no discriminación a las personas que habitan en Chile, especialmente a jóvenes y adolescentes. La producción contó con la participación de reconocidos/as artistas, que aportaron con su creación y talento a la concreción del proyecto.	

PRODUCTO 9	DESCRIPCIÓN
Diseño e implementación de una estrategia de difusión del CEDOC y compra de bibliografía especializada.	Se realizarán dos compras de bibliografía especializada en derechos humanos en mayo y octubre ($ 400.000 cada compra) y se destinarán $ 100.000 para compras por contingencia semestral. Además de sistematizar la difusión del CEDOC y sus productos a públicos específicos.
Avances Se realizó la compra bibliográfica correspondiente a mayo y octubre, publicaciones que ya se encuentran disponibles para consulta a público. Se continúan gestionando convenios interbibliotecarios con diversas bibliotecas de universidades. Particularmente en el ámbito de posicionamiento del CEDOC como referente especializado en materia de derechos humanos en el país, se han establecido alianzas con las bibliotecas del Congreso Nacional y la Biblioteca de la Corte Suprema.	

PRODUCTO 10	DESCRIPCIÓN
Realización de 3er Concurso "Cuenta tu tesis en derechos humanos".	Realización de proceso de convocatoria, selección, premiación, publicación y difusión del trabajo de tesistas de pregrado, de las distintas carreras de las universidades de Chile y escuelas matrices de cuerpos uniformados, que hayan abordado el campo amplio de los derechos humanos.
Avances El 4 de abril se realizó en la Universidad de Magallanes la ceremonia de premiación de la tesis ganadora 2013. Durante el primer semestre del año 2014 se lanza la tercera convocatoria del concurso. Para su tercera versión se recibió un total de 35 tesis que provienen de 17 universidades –8 de Santiago y 9 de otras ciudades (principalmente de la zona sur del país)– y de 11 carreras distintas. Sus autores/as, 12 hombres y 35 mujeres, abordaron una diversidad de ámbitos de los derechos humanos, como por ejemplo: derechos económicos, sociales y culturales, memoria histórica y afectaciones de derecho a grupos de especial protección como mujeres, pueblos indígenas, migrantes, entre otros. Un Comité de Preselección interno, designado por la Dirección del Instituto, conformó una lista de 10 de las mejores presentaciones. Se elaboró una publicación de la obra ganadora y se encuentran en proceso de realización 10 videocápsulas referentes a las tesis seleccionadas del concurso, con el fin de difundir los principales aportes de estas al campo de los derechos humanos.	

PRODUCTO 11	DESCRIPCIÓN
Reimpresión y distribución de material didáctico y de difusión de derechos humanos.	Reedición, reimpresión y distribución de "Ideas para introducir los derechos humanos en el Aula" y del "Informe de Derechos Humanos para Estudiantes", elaborados en el 2012-2013 y ya agotados en su versión impresa. Colaboración a la elaboración de Manual para promover la no discriminación en Funcionarios/as del Servicio de Salud Metropolitano Norte.
Avances Concluida la elaboración de la segunda edición del "Informe Anual para Estudiantes", que incluye la actualización de algunos de sus contenidos y la inclusión de las referencias curriculares para guiar el uso en las salas de clases. Terminada una primera propuesta con cambios para el libro "Ideas para introducir los Derechos Humanos en el Aula". Finalizada la evaluación de costos para la reedición de la serie de documentales "Recordar y Conversar" y sus respectivas carpetas didácticas.	

PRODUCTO 12	DESCRIPCIÓN
Segunda parte del estudio y rescate de la memoria de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en la Historia de Chile.	Mantención de la plataforma *web*, elaboración de nuevas biografías (premio nacional) y ampliación a un tema nuevo (derecho laboral). Se acompañará con algunas acciones de difusión del sitio *web*, vía papelería a distribuir en eventos INDH y otros actos afines a la temática.
Avances Se encuentran listas las versiones finales de cuatro de las cinco fichas biográficas de defensores y defensoras de los derechos laborales, que reúnen los principales resultados de esta investigación histórica. Una quinta ficha se encuentra en elaboración. Se elabora una propuesta que releva los vínculos curriculares entre las biografías y el currículo de enseñanza básica y media, para orientar la elaboración de los dispositivos didácticos que complementan las fichas bibliográficas. Esas propuestas didácticas serán recibidas en los próximos días. Actualmente, se comienza a elaborar en el sitio *web* las nuevas secciones de Defensores/as de los derechos laborales y la del Premio Nacional de Derechos Humanos 2014.	

PRODUCTO 13	DESCRIPCIÓN
Premio Nacional de Derechos Humanos.	Convocatoria, recepción de antecedentes y coordinación del otorgamiento del premio. Se incluye la preparación y publicación de breves semblanzas de los y las preseleccionados/as para fines de difusión.

Avances

En el período se revisaron y aprobaron las Bases del premio. También se realizó la publicación en el diario, se difundió en las bases y redes del INDH, se lanzó la convocatoria, se recepcionaron los antecedentes, los que fueron proporcionados a la secretaria de actas del proceso.

En el contexto de la ceremonia de premiación, se elaboró y se distribuyó entre los/as asistentes una publicación que incluyó breves semblanzas de los y las preseleccionados/as, incluyendo la de la ganadora.

PRODUCTO 14	DESCRIPCIÓN
Programa de formación y apoyo a operadores del sistema de justicia sobre incorporación de temáticas de derechos humanos.	Existe la necesidad de fortalecer relaciones con los operadores del sistema para que incorporen estándares de derechos humanos en su quehacer. Para ello, durante 2014 se realizará un Trabajo en formación y capacitación de jueces y Ministerio Público y una acción conjunta con el Instituto de Estudios Judiciales y la Asociación de Magistrados.

Avances

En lo que concierne al Ministerio público, El INDH realizó una propuesta a la Fiscalía en torno a la preparación de: (i) Curso virtual sobre introducción al derecho internacional de los derechos humanos dirigidos a fiscales del Ministerio Público, modalidad virtual, programado para julio-agosto 2014; (ii) Curso de formación para relatores/as internos/as fiscalía, modalidad semipresencial, estimado para noviembre de 2014. Para lo anterior se entregó a la fiscalía una encuesta para registrar necesidades en materias de formación en derechos humanos de los relatores/as del MP.

Se diseña un curso de 40 horas para los relatores del Ministerio Público, por convenio con el Centro de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. El material de este curso quedará disponible para el módulo introductorio permanente, como curso virtual autoaplicado, con posterioridad a la realización del curso para relatores. El 15 de octubre se da inicio a la fase presencial del curso, con un total de 33 participantes, cuya fase presencial se llevará a cabo el 12 y 13 de noviembre.

PRODUCTO 15	DESCRIPCIÓN
Encuentro regional sobre trabajo legislativo en Instituciones Nacionales de derechos humanos.	La consultoría de 2013 evidencia la precariedad de la función de incidencia legislativa de las Instituciones nacionales en la realidad latinoamericana, lo que da sentido a un taller de intercambio para el fortalecimiento de la función. Este encuentro se realizaría junto con la BCN.

Avances

Se realizó un Encuentro Regional con el apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional para América del Sur (ACNUDH). La actividad se desarrolló el día 10 de septiembre con participación de representantes de Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia y Perú. Se compartieron diagnósticos y experiencias y se establecieron vínculos para profundizar dicho intercambio.

PRODUCTO 16	DESCRIPCIÓN
Seminario de formación en derechos humanos para asesores/as legislativos/as.	Los asesores legislativos (asesores de parlamentarios, abogados de Comisiones e investigadores/asesores de la BCN) cumplen un rol esencial en la actividad legislativa. Que ellos y ellas manejen conocimientos de DDHH constituye una facilitación relevante para nuestros objetivos.

Avances

El primer taller de formación en DDHH para parlamentarios/as y asesores/as del Poder Legislativo se llevó a cabo el 15 de octubre y con el apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional para América del Sur (ACNUDH). La actividad fue patrocinada por la Cámara de Diputados, el Senado, la Biblioteca del Congreso Nacional y la Academia parlamentaria. A la actividad asistieron 70 personas entre asesores/as y funcionarios/as involucrados en distintas fases de la función legislativa. Se dejaron establecidas redes y contactos que facilitarán el intercambio de información y antecedentes y la función de seguimiento legislativo del INDH.

PRODUCTO 17	DESCRIPCIÓN
Difusión e incidencia IA 2013: mesas de trabajo con funcionarios públicos.	Se convocará a una mesa de trabajo en dos oportunidades (primer y segundo semestre), con funcionarios/as públicos/as y profesionales técnicos pertenecientes a los servicios clave con los cuales interactúa el INDH para el desarrollo del Informe Anual y de los indicadores, a fin de difundir los contenidos del Informe Anual 2013, así como incidir en la implementación de las recomendaciones realizadas por el INDH.

Avances

Se organizaron dos mesas de trabajo con jefaturas y responsables de la producción de datos en los organismos más relevantes para el trabajo del Instituto, los días 17 y 19 de junio de 2014, de 9.30 a 12 horas. Estos encuentros tuvieron como objetivo mejorar el flujo de información hacia las instituciones, incidir en la producción de datos desde una perspectiva de derechos, y compartir las recomendaciones realizadas.

En total, las dos jornadas reunieron a 25 personas de 17 organismos de los ámbitos de "Justicia y Violencia" (17 de junio) y DESC (19 de junio).

Al inicio de cada reunión se realizó una presentación de algunos contenidos del Informe Anual 2013 atinentes al quehacer de las instituciones presentes, y se analizaron distintos aspectos de la elaboración y solicitud de datos, en el marco de la misión del INDH. En la Mesa de trabajo DESC se realizó adicionalmente una presentación del proyecto de construcción de indicadores en derechos humanos en materia de salud y trabajo. Durante la conversación se analizaron las condiciones técnicas para la producción de datos y los mecanismos más adecuados para obtenerlos.

PRODUCTO 18	DESCRIPCIÓN
Ampliación, coordinación e información de las organizaciones del registro y el Instituto.	Ampliación: Reuniones con organizaciones de regiones y de RM invitándolas a inscribirse, teniendo presente la diversificación de temas. Se busca aumentar en 27 nuevas organizaciones. Información con organizaciones del Registro: se realizarán tres en el año. Se realizarán igualmente las reuniones temáticas, comenzando con las organizaciones de mujeres, de memoria y de personas migrantes.

Avances

Hasta octubre el número de nuevas organizaciones en el Registro es de 12 organizaciones.

Se realizaron en el año dos capacitaciones en el sistema internacional y en específico con el sistema regional de derechos humanos a organizaciones de observadores de derechos humanos.

En el marco del Proyecto de la Unión Europea y el INDH "Fortalecimiento de la acción en el campo de los Derechos Humanos en Chile", se abrieron tres líneas de financiamiento para el fortalecimiento de las capacidades de las organizaciones de la sociedad civil:

- Fondo Concursable para avanzar en el Respeto de los Derechos Humanos de las Diversidades Sexuales, en el cual hubo tres propuestas ganadoras.
- Fondo Concursable para avanzar en la Garantía de los Derechos Humanos y el Acceso a la Justicia de los Pueblos Originarios, con seis propuestas ganadoras.
- Fondo Concursable para avanzar en la Promoción y Protección de los Derechos Humanos ligados a los Crímenes de la Dictadura (1973-1990) por medio de la instalación o potenciación de sitios de memoria. Fueron cuatro las propuestas ganadoras.

Se recibieron 186 propuestas para las tres categorías. De ellas, 15 no cumplieron con los requisitos de admisibilidad y 171 proyectos fueron evaluados por el jurado; resultando un total de trece propuestas ganadoras.

PRODUCTO 19	DESCRIPCIÓN
Primera etapa del programa de empresa y derechos humanos.	Participación y seguimiento al Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

Avances

Participación en encuentros regionales en Medellín, Bogotá y Buenos Aires. Se estableció un borrador de convenio con el Instituto Danés de Derechos Humanos (IDDH) para el desarrollo de una estrategia de Plan Nacional. La primera parte del proyecto contempla la elaboración de un proyecto Guía de País. El Consejo de Responsabilidad Social del Ministerio de Economía reanudó sus actividades, tras la definición de las nuevas autoridades, y se establecieron cuatro mesas de trabajo. El INDH ha planteado su postura que el tema de DDHH debe ser enfatizado y propone que, al menos, una de las mesas temáticas se estructure en torno a este eje. El Consejo de Responsabilidad Social y Desarrollo Sustentable del Ministerio de Economía, no obstante el planteamiento del INDH, secundado por otros miembros, en el sentido de fortalecer y destacar la temática de los DDHH, no constituyó una mesa de derechos humanos y dicho aspecto solo quedó incorporado como uno de los temas del Plan de Trabajo que se encuentra en discusión actualmente. En él, en todo caso, se incorporaron las propuestas del INDH en términos de la Línea de Base o diagnóstico, la Guía de País y el Plan Nacional de Acción. El INDH persistirá en plantear la necesidad de que el Consejo se alinee con el apoyo del Estado a los Principios Rectores de la ONU sobre DDHH y empresas.

PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

El programa de protección de los derechos humanos tiene por objeto identificar todas aquellas situaciones que pueden ser constitutivas de un atropello o vulneración de los derechos humanos en Chile, junto con llevar a cabo todas las acciones pertinentes que, dentro de las facultades conferidas al INDH, permitan proteger dichos derechos fundamentales. Esto incluye diversas tareas, como detectar problemas en materia de garantías de debido proceso y tutela efectiva de derechos, identificar casos de violación de DDHH y juicios de alta relevancia pública, así como establecer mecanismos de observación y veedurías. Por otra parte, se inscriben en este programa los esfuerzos que el INDH debe realizar tendientes a la incorporación de los estándares internacionales en derechos humanos a la administración de justicia.

Los productos asociados a este programa apuntan al cumplimiento de la función institucional de presentar al Presidente, al Congreso Nacional y a la Corte Suprema, un informe anual sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en el cual el INDH realiza una serie de recomendaciones para la superación de los problemas identificados. Al mismo tiempo, este programa se asocia a las tareas de comunicar a los distintos órganos del Estado su opinión sobre las situaciones de derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país, proponer medidas para favorecer la protección y promoción de estos derechos propiciando a su vez que la legislación y prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, asegurando que su aplicación sea efectiva.

PRODUCTO 20	DESCRIPCIÓN
Identificación y seguimiento en juicios de interés público.	Seguimiento y monitoreo a juicios de alto interés público en el que los elementos del debido proceso sean los ejes de observación. En dicho marco se elaborarán informes de análisis de las observaciones realizadas.

Avances

Se realizó observación de causas judiciales en que se ha invocado la Ley 18.314, con el objeto de verificar el cumplimiento de estándares de debido proceso que se han identificado como posibles de ser afectados por dicha legislación. En la Región Metropolitana se hizo seguimiento en dos causas (Ministerio Público contra Víctor Montoya y formalización de sospechosos por atentados en el metro) y cinco en La Araucanía (Peaje Quino; San Leandro; Tres Luces; Fundo Brasil; caso Luchsinger-Mackay). De acuerdo con las observaciones realizadas desde el 2010, se elaboró el "Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos", aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 22 de julio de 2014 y que fuera enviado al Comité de Expertos nombrado por el Ministerio del Interior para la elaboración de un proyecto de reforma a la Ley Antiterrorista.

PRODUCTO 21	DESCRIPCIÓN
Estrategia de posicionamiento de *amicus curiae* para tribunales de justicia.	Introducir la institución del *amicus curiae* como tercero independiente en los diferentes juicios y casos que tengan interés para el INDH en la medida que abordan materias de derechos humanos.

Avances

Se presentaron tres *amicus curiae* en los tribunales nacionales (dos en la Corte Suprema y uno en un juzgado de garantía). Además se presentó un *amicus curiae* en la Corte Interamericana en el marco de la etapa de cumplimiento del Caso Palamara.

A ello se agrega que se han realizado presentaciones ante los plenos de las Cortes de Apelaciones de Temuco y de Arica. También se tienen agendadas presentaciones similares en otras Cortes de Apelaciones. Dichas charlas tienen por objeto principal la explicación de la naturaleza de la figura del *amicus curiae*, así como informar respecto de su presentación en causas judiciales en nuestro país y su regulación en el derecho comparado.

Se sostuvo en relación con el punto anterior una reunión entre la Directora del INDH y el presidente de la Corte Suprema durante agosto de 2014, en que se abordó el tema de las presentaciones del INDH a título de *amicus curiae* y su admisibilidad y formas.

PRODUCTO 22	DESCRIPCIÓN
Acciones de asesoría y defensa legal en materia de violaciones a los derechos humanos.	Se presentarán las acciones judiciales en casos en que intervenga judicialmente el INDH de acuerdo con lo establecido en la Ley del INDH y en el Protocolo de Función judicial del INDH, fundamentalmente trata de personas y tráfico de migrantes.

Avances

Además de la tramitación de causas judiciales de años anteriores que han estado vigentes, durante el 2014 se han realizado las siguientes intervenciones:

- Se presentó una denuncia al Consejo Nacional de Televisión.
- Se siguió con la tramitación y se resolvieron tres requerimientos de inaplicabilidad que habían sido presentados por el INDH durante el año 2013. Los tres para que se declarara inaplicable el artículo 5º, Nº 3 del Código de Justicia Militar en la gestión judicial pendiente (dos requerimientos se rechazaron por empate entre los/las Ministros/as y uno fue acogido). También el INDH fue parte en un requerimiento presentado por la defensa de una imputada de un caso de trata de personas. El requerimiento fue rechazado por voto de mayoría como solicitaba el INDH.
- Se presentaron cuatro *amicus curiae* en causas de importancia pública y de trascendencia.
- En el ámbito de querellas por el delito de trata de personas, se ha presentado una querella por el delito de trata en el caso de un menor ecuatoriano.
- En el ámbito del delito de tortura, se han presentado 12 querellas nuevas (al 31 de octubre son 37 las presentadas desde la instalación del INDH), continuándose con la tramitación de las causas judiciales por querellas presentadas en años anteriores. Dentro de las querellas de connotación social destacan la querella por el delito de tortura con resultado de muerte en cárcel de Puente Alto y una querella por tortura y golpiza al interior de la cárcel de Rancagua.
- En cuanto a los amparos por violencia policial y por abusos en las cárceles, se ha presentado un total de siete amparos por violencia policial (tres acogidos y cuatro en tramitación) y siete amparos por malos tratos en las cárceles (cinco de ellos acogidos). Dentro de estos últimos resulta relevante el amparo acogido por la Corte Suprema a favor de privados de libertad discapacitados objeto de un traslado ilegal.

PRODUCTO 23	DESCRIPCIÓN
Programa de derechos humanos y función policial.	Observar la función policial desde la perspectiva de los derechos humanos, elaborando un informe anual en la materia. En 2014 se realizará, junto con el Alto Comisionado, un encuentro de instituciones nacionales de derechos humanos respecto de la protesta social y la función policial y una Publicación sobre estándares en materia de derecho de reunión, uso de la fuerza y tortura vinculado con la función policial.

Avances

Destaca la elaboración del Informe de Derechos Humanos y Función Policial 2013.

Se realizaron misiones de observación tanto en manifestaciones públicas así como en comisarías. Se realizaron 19 misiones de observación en manifestaciones públicas y 15 misiones de observación en comisarías.

Se sostuvieron reuniones con Carabineros para abordar temas como la necesidad de que los protocolos de actuación de Carabineros sean públicos, la formación del personal de Fuerzas Especiales, la coordinación en el marco de la labor del INDH en la observación de manifestaciones públicas y las denuncias de casos de violencia policial recibidas en el Instituto.

Se participó en mesa de seguridad de la Intendencia, con diversos actores, lo que arrojó como resultado que se publicaran en agosto los protocolos de Carabineros para el mantenimiento del orden público en manifestaciones.

Se realizó junto con el ACNUDH un encuentro de instituciones nacionales de derechos humanos respecto de la protesta social y la función policial.

Por último, también con el ACNUDH se ha estado trabajando en una publicación conjunta de recopilación de estándares sobre derecho de reunión, uso de la fuerza y tortura.

PRODUCTO 24	DESCRIPCIÓN
Plan de seguimiento de condiciones carcelarias y personas privadas de libertad.	Implementación del Plan de seguimiento de condiciones carcelarias y personas privadas de libertad para el seguimiento de las recomendaciones realizadas durante 2013.

Avances

El propósito del Estudio de Seguimiento de Condiciones Carcelarias 2014 es iniciar el seguimiento de la situación de las personas privadas de libertad en Chile y establecer el nivel de cumplimiento de las recomendaciones de la versión 2012. Para estos efectos se realizaron vistas de seguimiento a las 22 unidades penales designadas, coordinada por abogados/as del Instituto junto a la colaboración de médicos y psicólogos del Servicio Médico Legal. Con posterioridad se han estado elaborando los informes específicos de cada unidad penal y analizando la información estadística solicitada a Gendarmería de Chile.

PRODUCTO 25	DESCRIPCIÓN
Plan de prevención contra la tortura.	Registro, sistematización y análisis de casos y de jurisprudencia nacional e internacional sobre la tortura. Realización de un seminario sobre la existencia de tortura y su regulación actualmente en Chile.

Avances

El Seminario sobre Tortura se realizó el día 4 de septiembre de 2014, coorganizado con el Ministerio Público y el Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana de la U. de Chile, efectuada en el aula magna de la Universidad de Chile. La actividad contó con ponentes nacionales e internacionales y tuvo una gran convocatoria, que permitió debatir acerca de la importancia de la prevención e investigación de la tortura. Posteriormente se ha estado trabajando en una publicación que contenga las intervenciones del seminario.

En cuanto al registro, sistematización y análisis de casos y de jurisprudencia nacional e internacional sobre la tortura, se ofició a diversos órganos del Estado para la obtención de estadísticas completas respecto de los casos de tortura.

Igualmente se ha estado realizando un análisis de las causas de tortura que se encuentran en un registro del Centro Documental de la Corte Suprema.

PRODUCTO 26	DESCRIPCIÓN
Continuidad al seguimiento, análisis y apoyo al debate parlamentario en proyectos de ley sobre temas de DDHH.	Continuidad del trabajo de vinculación entre la actividad legislativa y el mandato del INDH, de acuerdo con la priorización del Consejo, mediante la presentación de minutas, participación en discusiones y entrega de antecedentes a legisladores y legisladoras.

Avances

Durante el período informado se elaboraron siete boletines legislativos (disponibles en http://bibliotecadigital.indh.cl. Respecto de la participación en el Parlamento se realizó lo siguiente:

Cámara de Diputados

Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios: (1) Presentación del Informe sobre el "Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos"; (2) Presentación del Informe denominado "Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos"; (3) Presentación del Informe respecto del "Proyecto de ley que consagra el deber de los órganos del Estado de individualizar a las víctimas de desaparición forzada"; (4) Presentación del Informe sobre el "Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos", incorporando las indicaciones presentadas por el Ejecutivo el 24 de octubre de 2014;

Comisión de Constitución, Legislación y Justicia: (5) La Directora expuso sobre el caso de Tortura en la cárcel de Rancagua;

Comisión de Gobierno Interior: (6) Se asistió a la discusión del PL que crea el Ministerio de la Mujer.

Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales: (7) El INDH expuso el Informe sobre Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas.

Senado

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento: (8) INDH asistió a toda la discusión del PL sobre Acuerdo de Vida en Pareja y se presentó el Informe elaborado por el INDH; (9) Se presentó informe sobre el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso; Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía: (10) Se participó en la tramitación del PL que reconoce y da protección a la identidad de género y se presentó el informe con la opinión del INDH; (11) Presentación del Informe sobre el PL que declara la nulidad de derecho público del Decreto Ley N° 2.191 de 1978, señalando efectos que indica;

PRODUCTO 27	DESCRIPCIÓN
Aplicación de los indicadores propuestos durante 2013 para la evaluación de la actividad legislativa en función de su consideración al enfoque de derechos humanos.	Elaboración y publicación del Informe de evaluación anual del trabajo legislativo desde el enfoque de derechos humanos.

Avances

Se ha continuado el análisis de los indicadores aplicables y se procederá a elaborar los términos de referencia para la contratación de un especialista que apoye el desarrollo del informe, el que tiene como término estimado marzo de 2015.

PRODUCTO 28	DESCRIPCIÓN
Actualización y funcionamiento del sistema informático SEGLE (seguimiento legislativo).	Puesta en marcha en régimen pleno del sistema informático de seguimiento legislativo, con acceso a usuarios tanto internos como externos.

Avances

Terminada la fase de llenado de información con todos los proyectos priorizados y monitoreados por el INDH desde 2010. El test de funcionalidades del *software* resultó negativo. Adicionalmente la BCN confirmó el cambio de su sistema de intercambio de datos a la modalidad *web service*, incompatible con el *software* actual, por lo que se decidió el desarrollo de uno alternativo, que utilice la información ya disponible y ejecute las funcionalidades definidas, el que debiera estar operativo en diciembre.

Se desarrollaron las reuniones técnicas con los especialistas de BCN, lo que ha permitido avanzar en el desarrollo de un nuevo software que, en lo inmediato facilite la tarea de actualización permanente de los proyectos en seguimiento y, luego, amplíe las posibilidades de búsqueda avanzada de los usuarios. Se estima abrir el acceso para usuarios INDH a fines de año.

PRODUCTO 29	DESCRIPCIÓN
Elaboración de Informes especiales derivados de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos.	A partir de los resultados de la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos elaborada por el INDH en el 2013, se realizarán informes utilizando las bases de datos para dar cuenta de la opinión específica de la ciudadanía que vive en regiones, así como opiniones de grupos particulares como jóvenes, mujeres, personas con educación básica, media y superior, entre otros.

Avances

Se desarrollaron 15 informes regionales y cuatro informes temáticos basándose en la Segunda ENDH 2013, que están disponibles en la página *web* del INDH.

PRODUCTO 30	DESCRIPCIÓN
Informe Anual de Derechos Humanos 2014.	El desarrollo del IA 2014 contempla la contratación de profesionales para la elaboración de algunos capítulos, así como la licitación de dos estudios. El índice de contenidos será aprobado por la Dirección y el Consejo en marzo de 2014.

Avances

El equipo ha desarrollado entrevistas a funcionarios/as y autoridades, así como a integrantes de organizaciones no gubernamentales; se han enviado y reiterado oficios solicitando información necesaria para realizar diagnósticos sobre la situación de derechos humanos en el país; y elaboró el IA 2014. Los dos estudios licitados se refirieron a la situación de Niños/as y adolescentes víctimas y testigos en el marco de procesos judiciales, y respecto de la situación de las personas privadas de libertad en prisión preventiva.

PRODUCTO 31	DESCRIPCIÓN
Tercera etapa del estudio de los indicadores sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC): salud y trabajo.	Alianza con universidad y organización no gubernamental para estudio sobre indicadores DESC; medición de los indicadores DESC año 1 e Informe para dar cuenta de resultados (publicación en línea).

Avances

Se terminó la elaboración de las fichas técnicas para cada uno de los indicadores en salud y en trabajo. Las fichas contienen, entre otros datos, una definición del indicador, las fórmulas de cálculo, las unidades de medida, las fuentes de información, desagregación requerida, años requeridos, interpretación del indicador, limitaciones, indicadores relacionados en la misma matriz, y si existiera, similitud del indicador con los propuestos por OEA y ACNUDH. La Fundación para la Superación de la Pobreza ha aceptado su rol de contraparte para la implementación de la marcha blanca de los indicadores hasta ahora existentes, y se está trabajando en ello.

PRODUCTO 32	DESCRIPCIÓN
Informes complementarios para presentar a los Órganos y Comités Especializados de Naciones Unidas y la OEA.	Se elaborarán dos informes complementarios y se traducirán al inglés y francés una vez aprobados por el Consejo.

Avances

Se ha elaborado el informe complementario de niños/as, que será enviado en diciembre al Consejo para aprobación. El mismo será traducido al francés y al inglés.

PRODUCTO 33	DESCRIPCIÓN
Plan de seguimiento a las recomendaciones de los Informes Anuales 2010-2013.	Se externalizará un estudio que diseñe la metodología para dar seguimiento a las recomendaciones realizadas por el INDH al Estado, y evalúe el grado de cumplimiento de las recomendaciones realizadas en los últimos cuatro informes anuales. Este estudio se repetirá al finalizar cada período de gobierno.

Avances

Asesorías para el Desarrollo ha finalizado la consultoría y presentó los resultados a fines de agosto. Algunas de las conclusiones indican: "La aplicación para el período 2010-2013 del modelo elaborado nos ha permitido entregar un panorama sinóptico de los avances en materia de derechos humanos, el cual puede ser observado en detalle en las matrices de recomendaciones generales y específicas que aparecen con anterioridad en este informe. Resulta ineludible que el tenor que ha tenido la elaboración de este modelo y, sobre todo su primera aplicación, se ha enmarcado en una experiencia piloto y novedosa a nivel nacional, la que por demás estuvo ligada a recursos económicos y temporales limitados, lo cual ha hecho que esta haya sido una experiencia que se ha encontrado con una serie de limitaciones y elementos a mejorar".

PRODUCTO 34	DESCRIPCIÓN
Desarrollo de la segunda parte estudio Estado y Pueblo Mapuche.	Se completará el estudio sobre *Estado de Chile y Pueblo Mapuche: análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía*, desarrollando un estudio sobre la situación de los parceleros en la Región de La Araucanía.

Avances

Desde junio a agosto se ha desarrollado la primera parte del trabajo que comprende la sistematización y el análisis de antecedentes bibliográficos, el envío de oficios solicitando información pública en materia de delitos denunciados en la región, y la identificación de actores a entrevistar durante septiembre, en terreno, en la Región de La Araucanía. Realizada la primera ronda de entrevistas, se realizará una segunda etapa de reuniones en noviembre, con el fin de profundizar en los diagnósticos planteados. El informe estará terminado en diciembre y se pondrá a disposición pública en enero de 2015.

PRODUCTO 35	DESCRIPCIÓN
Identificación y realización de misiones de observancia en situación de vulneración de derechos.	Se realizarán a lo menos tres misiones de observación, a distintas regiones del país, con preferencia en aquellas en que el INDH no ha estado. Las observaciones se centrarán en las causas que repercuten en la vulneración de derechos humanos y las prestaciones que el Estado deberá promover y garantizar para remediarlo.

Avances

Se realizaron tres misiones de observación en el año:

- Proyecto Central Hidroeléctrica Los Aromos en junio y julio de 2014.
- Provincia de Petorca en julio de 2014.
- Copiapó en agosto de 2014.

PRODUCTO 36	DESCRIPCIÓN
Articulación y cooperación con organismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos.	Se participará en tres reuniones de organismos de derechos humanos regionales (IPPDH, RADHHA y Defensorías de América Latina) y en cuatro instancias internacionales (EPU, CIC; Foro Mundial Indígena y Comité de Tratados).

Avances

- En el transcurso del año el INDH estuvo presente en las siguientes instancias internacionales:

  Consejo de Derechos Humanos, ONU; 1ª Conferencia de Defensores del Pueblo de UNASUR; Foro Convenio 169 de la OIT: "Avances hacia su implementación en Uruguay" en Uruguay; Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas, realizada en la sede de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en Nueva York, Estados Unidos; Foro "Prevenir la Tortura: Una Responsabilidad Compartida", que se realizó en Panamá entre el 30 de septiembre y el 2 de octubre de 2014; Sesión del Comité de Derechos Humanos, con motivo de la revisión del informe del Estado de Chile en materia de cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Reunión Regional de Expertos/as sobre seguridad, policía y uso de la fuerza en Buenos Aires, República de Argentina; Tercera reunión del Subcomité de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de migrantes del Comité de Desarrollo Fronterizo Chile-Perú; Primera reunión entre INDH y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU, en Ginebra.
- Se firmaron convenios de cooperación con: Oficina Regional para el Sur de América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en marzo; Unión Europea en el marco del Proyecto "Fortalecimiento de la acción en el campo de los derechos humanos en Chile".
- Se mantuvieron reuniones con las siguientes autoridades internacionales: Rainer Huhle, miembro del Comité de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas; Sr. Paulo Sergio Pinheiro, presidente de la Comisión de la Verdad de Brasil, y miembros de dicha Comisión; Viceministro de Relaciones Exteriores de Noruega Morten Hohlund; Oficina Nacional de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura y el director del Instituto Iberoamericano de Educación en Derechos Humanos; Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas don James Anaya; Rosa Kornfeld, Relatora de Naciones Unidas para el disfrute pleno de los derechos humanos de las personas mayores; Patricia Arias, Presidenta del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación; Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica; Representante Regional Adjunto de ACNUR, José Samaniego; Sara Oviedo y Jorge Cardona, miembros del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.
- Se aprobó el Informe Complementario para el Comité de Derechos DESC.
- Se efectuaron reuniones con el Comité Internacional de la Cruz Roja, UNICEF, PNUD, ACNUDH, ONU Mujeres, Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), *Human Right Watch*, delegación de autoridades de Egipto, autoridades de la Embajada de Estados Unidos y se mantuvieron reuniones regulares con la dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO DE LA MEMORIA HISTÓRICA

Respondiendo a la relevancia de los hechos de nuestra historia reciente asociados a la dictadura cívico-militar, este programa se orienta a preservar y proyectar la memoria histórica como factor clave para el respeto presente y futuro de los derechos humanos en Chile. En este marco, el INDH debe cumplir con el imperativo legal de custodiar y guardar los antecedentes reunidos por diversas instancias públicas en temas de investigaciones de violaciones de DDHH verificadas en el pasado, debiendo solicitar, recopilar y sistematizar toda la información útil para estos efectos, como asimismo impulsar, coordinar y difundir acciones de orden cultural y simbólico destinadas a complementar el respeto a los derechos humanos, reivindicar a las víctimas y preservar su memoria histórica. Al mismo tiempo incluye la tarea propia del INDH de contribuir a los procesos de justicia en relación con las graves violaciones de derechos humanos.

PRODUCTO 37	DESCRIPCIÓN
Segunda etapa proyecto Comunidad de Memoria de Paine.	Difusión de resultados del proyecto de rescate, registro y difusión de historias de vida de víctimas de violaciones de derechos humanos Paine, por medio de la publicación de materiales (guía de la memoria, fichas individuales y biografías).

Avances

El día 16 de abril se realizó una jornada de presentación de resultados del proyecto desarrollado entre los años 2012 y 2013, a funcionarios y funcionarias del INDH.

Se diseñaron y se validaron los siguientes productos: Base de datos y su respectiva guía de usuarios/as (disponible en el sitio *web* institucional), Guía de sitios y lugares de Paine, microbiografías y fichas individuales en coordinación con la Corporación Paine, un lugar para la Memoria y la Agrupación de Familiares de DD.DD. y Ejecutados de Paine para la elaboración.

Se acordó con la Municipalidad de Paine la difusión de los productos.

PRODUCTO 38	DESCRIPCIÓN
Custodia, preservación y digitalización de Valech I - 1ª etapa.	Se realizará un trabajo de selección y traslado de documentación Valech I desde el MM al INDH para ser digitalizados. Las copias digitales se almacenarán y ordenarán con una nomenclatura que permita recuperarlos e ingresarlos al servidor designado para estos fines.

Avances

Se está realizando digitalización de documentación de Valech I. Para ello se ha contratado a un profesional especialista en documentación quien digitaliza, edita los objetos digitales, sistematiza y deja la información dispuesta para ser ingresada a la base de datos. Igualmente se ha procedido a la contratación de un profesional informático para la revisión y análisis de base de datos que contiene información referida a la Comisión.

Además, debido a lo recientemente resuelto por dictamen de la Contraloría General de la República, en orden a autorizar al INDH para contestar requerimientos judiciales referidos a personas calificadas por la Comisión Valech II; se ha procedido a la digitalización de los antecedentes de dichos casos y a la entrega de copias reservadas a la justicia.

Para todos los procesos de manejo de documentación se ha considerado un especial trabajo de preservación y conservación de los antecedentes.

PRODUCTO 39	DESCRIPCIÓN
Registro y sistematización de un archivo judicial sobre violaciones masivas y sistemáticas e institucionalizadas ocurridas en el período 1973-1990 en Chile.	El producto cuenta con dos líneas de trabajo. Se creará un archivo judicial interno que permitirá a funcionarios/as del INDH recuperar expedientes judiciales de los casos fallados. Por otra parte se creará un sitio *web* público que permitirá a usuarios/as acceder a un registro con el resumen y sentencia de casos fallados.

Avances

La potencialidad de este proyecto ha permitido ampliar su enfoque para incluir en él, la jurisprudencia emanada de las causas judicializadas del INDH, así como las causas falladas por la CIDH. Damos cuenta que respecto de las causas relativas a derechos humanos ocurridas en el período 1973-1990, el INDH ha encontrado dificultades para acceder a las sentencias de primera instancia. Por ello, se ha trabajado mancomunadamente con la Biblioteca de la Corte Suprema, especialmente con la Oficina de coordinación de causas de derechos humanos dependiente del Presidente de la Corte Suprema; quienes han comprometido la entrega de este material una vez que acabe su trabajo de digitalización. Cabe tener presente que estos expedientes tienen carácter de reservado y el INDH solo podrá disponer de ellos previa autorización de la Corte Suprema.

Se ha contratado a tres egresadas de derecho para el análisis de casos, de los cuales ya se ha realizado la revisión de la totalidad de las causas correspondientes a CIDH y se ha avanzado en la revisión y análisis de casos tramitados por el INDH.

Junto con ello, ha contratado a un profesional informático que avanza paralelamente en la programación, diseño a implementación del sitio *web* para obtener un producto amigable, con lenguaje "ciudadano" y de fácil utilización por parte de los usuarios. Este sitio entregará datos de roles de las causas, jueces, hitos, resúmenes, bibliografía, descriptores y las propias sentencias.

De acuerdo con el análisis realizado se evalúa que la primera fase de este proyecto, es decir, instalación y lanzamiento del sitio *web*, análisis y poblamiento del sitio con las principales sentencias 1973-1990, causas falladas CIDH y jurisprudencia INDH 2014, se extenderá hasta el primer semestre de 2015. Posteriormente con el fin de mantener actualizada la información el sitio deberá poblarse con regularidad.

PRODUCTO 40	DESCRIPCIÓN
Actualización y mejoramiento del *software* que aloja la base de datos de las Comisiones de Verdad.	Se realizará un análisis "básico" de la base de datos que contiene la información de las comisiones y se definirá si es necesario actualizar *software* utilizados (base de datos, servidor *web*, seguridad, etc.).

Avances

El experto informático contratado para los efectos ha avanzado en la diagramación de operación del *software* (Funcionalidades), en la interacción de las bases de datos y en la descripción de cada una de las bases de datos y tablas que la componen.

De acuerdo con el análisis realizado se proyecta que el trabajo deberá prolongarse hasta el primer semestre de 2015.

PROGRAMA DE DESARROLLO INSTITUCIONAL

Este programa se orienta a definir e implementar las políticas, procesos y herramientas de gestión requeridos para optimizar la administración interna del INDH y dar cumplimiento al proceso de consolidación institucional en el contexto de su primer ciclo de vida que comprende el período 2010-2013 y el segundo ciclo de consolidación y proyección correspondiente al período 2014-2016.

En este marco cabe mencionar las políticas y criterios desarrollados en materia de gestión de recursos humanos como factor clave para el funcionamiento y el desarrollo estratégico de la organización. Respondiendo a los desafíos planteados por el proceso de instalación y consolidación institucional, un eje central de acción en materia de gestión de personas ha sido la incorporación de profesionales y personal administrativo. El criterio que ha regido dicho proceso ha sido el de asegurar la competencia técnica y ajuste de los candidatos y candidatas al perfil altamente profesionalizado de sus integrantes requerido por el INDH.

PRODUCTO 41	DESCRIPCIÓN
Implementación de la Unidad de Colaboración y Atención a la Ciudadanía.	Realización de los concursos públicos y la habilitación de las oficinas de los profesionales que integran esta Unidad
Avances Se creó la Unidad de Colaboración y Atención a la Ciudadanía, llevándose a efecto todos los procesos administrativos, incluido el llamado a concurso por medio del Sistema de Alta Dirección Pública, de la Jefatura de la Unidad. Esta Jefatura asumió en mayo. Se llevó a cabo el concurso para la elección del/la profesional para la atención de público quien comenzó a desempeñarse a partir de octubre. Continúa apoyando la Unidad en comisión de servicios desde julio, una profesional Psicóloga, quien está trabajando en contenidos para sitio *web* de preguntas frecuentes. Se reforzó el ingreso de la atención del público del SIAC mediante la contratación de una egresada de derecho hasta el 31 de diciembre. Además, se incorporó un alumno en práctica de Trabajo Social para la elaboración de un manual de redes de derivación y atención de público presencial y telefónica. Se contrató a una profesional para la digitación de la información contenida en los 46.308 archivos que en abril de 2014, el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Jorge Zepeda, a cargo de la investigación "Asociación Ilícita ex-Colonia Dignidad", entregó al INDH en un disco compacto; cuya custodia y conservación corresponde a la UCOL.	

PRODUCTO 42	DESCRIPCIÓN
Plan de capacitación a funcionarios y funcionarias.	Formulación e implementación del plan de capacitación basado en la evaluación de competencias para fortalecer las competencias incorporando nuevas habilidades y conocimientos de los funcionarios del nivel central y abogados regionales.
Avances Durante el año se realizaron actividades de capacitación para funcionarios técnicos y administrativos y jornadas de capacitación para los abogados regionales.	

PRODUCTO 43	DESCRIPCIÓN
Continuidad del desarrollo del Plan informático anual.	Consiste en la ejecución de acciones orientadas a mantener y mejorar las condiciones de operatividad y funcionalidad de la infraestructura informática del INDH, mediante adquisiciones de licencias, *software*, *hardware*, procesos de monitoreo y mantención de los sistemas actuales y detección e implementación de mejoras.

Avances

Durante el transcurso de este período se ha avanzado hacia el mejoramiento y adaptación de los sistemas de información, con el objetivo de soportar los nuevos procesos además de ofrecer una plataforma con una mayor disponibilidad hacia los usuarios, lo anterior con la visión de entregar un servicio de calidad que permita mejorar la eficiencia de la institución.

De acuerdo con lo anterior se ha trabajado en sistemas de gestión documental, seguimiento legislativo y de atención de solicitudes ciudadanas junto con mejoras en la infraestructura de servidores y red, dotando de alta disponibilidad de servicios.

Asimismo, se mantiene soporte técnico permanente con la finalidad de apoyar directamente a los usuarios en la utilización de la tecnología implementada, como también con los contratos de consultoría y desarrollo de *software* para dotar a la institución de *software* de calidad y eficientes que se adapten a su crecimiento.

PRODUCTO 44	DESCRIPCIÓN
Realización de la tercera auditoría financiera externa anual.	Consiste en la licitación, ejecución e implementación de las acciones correctivas que se desprendan del informe de Auditoría Financiero Contable Anual.

Avances

Realizada la auditoría externa surgieron observaciones respecto de las conciliaciones bancarias, las que fueron subsanadas. También en relación con el Sistema de Activo Fijo, el que se encuentra en un proceso de transición, se está cambiando el sistema de activo fijo, que a la fecha está en proceso de pruebas finales y puesta en marcha. Por último, se realizó una observación sobre ausencia de evaluación del desempeño, al respecto se informó que el INDH migró a una política de evaluación de competencias para el desarrollo, la cual está en aplicación desde diciembre de 2013.

PRODUCTO 45	DESCRIPCIÓN
Implementación de la segunda fase del programa de fortalecimiento de roles de las Jefaturas.	Consiste en acciones de fortalecimiento de roles de las jefaturas en el marco del plan estratégico 2013-2016.

Avances

En el marco del proceso de planificación estratégica y de las tareas de conducción e implementación que involucran a los Jefes de Unidad, se continuó con la segunda etapa de dicho proceso a fin de proveerlos de un conjunto de herramientas que fortalezcan el desempeño de su rol al tiempo que construyan un liderazgo institucional. Con esta perspectiva la Universidad Alberto Hurtado realizó un proceso de diagnóstico de necesidades de desarrollo de habilidades de liderazgo que dio pie a un plan de trabajo individual y grupal para fortalecer el liderazgo de los Jefes de Unidad del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Ello incluyó una reunión grupal, cinco reuniones individuales de fortalecimiento de competencias, una reunión de observación y dos talleres, finalizando el proceso completo en mayo.

PRODUCTO 46	DESCRIPCIÓN
Funcionamiento del Consejo Consultivo Nacional (CCN).	Se realizarán reuniones de trabajo al menos dos veces al año para dar cumplimiento a las funciones del Consejo Consultivo, de recibir información del Instituto y de pronunciarse en aquellas cuestiones de competencia de este último que requieran, para su adecuada resolución, de su pronunciamiento.

Avances

Se realizó una reunión de trabajo y la próxima está fijada para diciembre de 2014.

EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA AL 30 DE OCTUBRE DE 2014

De enero a octubre de 2014 el presupuesto del INDH tuvo un comportamiento equilibrado y sostenido en el ámbito del gasto en personal y creciente en ámbito de bienes y servicios que responde a los gastos permanentes de operación y las contrataciones de estudios e investigaciones para dar cumplimiento a los objetivos estratégicos y metas planificados durante el año. Respecto de los gastos en activos vinculados a informática y computación estos gastos se realizaron según el plan informático definido para el presente año.

	PRESUPUESTO	EJECUCIÓN	PORCENTAJE
GASTOS	**2.203.867.781**	**1.640.763.481**	**74,45%**
GASTOS EN PERSONAL	**1.595.895.000**	**1.232.946.255**	**77,26%**
Remuneración C. del T.	1.371.397.048	1.083.498.342	79,0%
Comisiones de servicio	42.057.859	36.290.394	86,3%
Honorarios a Suma Alzada	117.440.093	64.736.479	55,1%
Dietas de Consejeros	65.000.000	48.421.040	74,49%
BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO	**461.440.462**	**269.952.410**	**58,5%**
Gastos para funcionamiento	224.495.928	154.730.175	68,9%
Publicidad y Difusión	132.580.608	38.129.945	28,8%
Servicios Técnicos y Profesionales	104.363.926	77.092.290	73,9%
PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL	**17.075.000**	**16.699.760**	**97,8%**
Desahucios e indemnizaciones	17.075.000	16.699.760	97,8%
TRANSFERENCIAS CORRIENTES	**87.036.864**	**82.387.860**	**94,7%**
Universidades Privadas	45.624.004	40.975.000	89,8%
Fomento a la Producción cultura en DDHH	23.500.000	23.500.000	100,0%
Premios Nacionales	17.912.860	17.912.860	100,0%
ADQUISICIÓN DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	**16.198.674**	**12.555.415**	**77,5%**
Mobiliario y Otros	2.350.000	2.297.513	97,8%
Maquinas y Equipos	2.560.334	2.560.334	100,0%
Equipos Informáticos	8.788.340	7.230.901	82,3%
Programas Informáticos	2.500.000	466.667	18,7%
SERVICIO DE LA DEUDA	**26.221.781**	**26.221.781**	**100,0%**

USO DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

El porcentaje de compras realizadas por el Sistema de Mercado Público a la fecha es de 97,96%. El 82,53% de las compras es realizado por licitaciones públicas, privadas, directas e indirectas. El segundo ítem en importancia son los tratos directos con un 15,43%, los que se deben en su mayoría a temas relacionados con campañas de promoción y costos de evaluación superiores al de las adquisiciones.

TIPO DE COMPRA	MONTO EN $ ACUMULADO JUNIO	Nº DE OPERACIONES	% MONTO
CONVENIO MARCO	130.392.892	243	54,01%
LICITACIONES PÚBLICAS	67.037.982	17	27,77%
LICITACIONES PRIVADAS	1.800.000	1	0,75%
CONVENIOS	4.919.365	3	2,04%
TRATO DIRECTO GASTO DE REPRESENTACIÓN	1.827.840	1	0,76%
TRATO DIRECTO COTO DE EVALUACIÓN MENOS 100 UTM	7.625.701	11	3,16%
TRATO DIRECTO PROVEEDOR ÚNICO	12.302.320	3	5,10%
TRATO DIRECTO REPOSICIÓN O COMPLEMENTO DE EQUIPAMIENTO O SERVICIOS	5.674.288	4	2,35%
TRATO DIRECTO PRÓRROGA DE UN CONTRATO DE SUMINISTRO	9.821.645	2	4,07%
SUBTOTAL	**241.402.033**	**285**	**100,00%**
UNIVERSIDADES PRIVADAS	40.975.000	3	
FOMENTO A LA PRODUCCIÓN CULTURA EN DDHH	22.460.000	14	
PREMIO NACIONAL DE DDHH	17.912.860	0	
GASTOS MENORES	19.425.691	47	
GASTOS BÁSICOS Y ARRIENDOS	17.345.361	40	
REEMBOLSO PASAJES Y PERMISOS DE CIRCULACIÓN	5.374.740	44	
GASTO EN PERSONAL	1.232.946.255	0	
DESAHUCIOS E INDEMNIZACIONES	16.699.760	0	
SERVICIO DE LA DEUDA	26.221.781	0	
TOTAL GASTO INDH	**1.640.763.481**	**433**	

DONACIONES Y APORTES DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley Nº 20.405, el patrimonio del INDH está formado, entre otras fuentes, por:

- Las donaciones, incluidas las del artículo 3º de la ley Nº 19.992, herencias y legados que el Consejo del INDH acepte.
- Los aportes de la cooperación internacional que reciba a cualquier título para el cumplimiento de sus objetivos.

Hasta el momento el INDH no ha recibido ninguna donación, herencia o legado. Lo que ha recibido el año 2014 tiene relación con fondos de parte de organismos internacionales, cuyos convenios se tramitaron el año anterior y que llegan a su término el 2014:

INSTITUCIÓN	MATERIA	PERÍODO	MONTO TOTAL EN MONEDA ORIGINAL	MONTO EN PESOS RECIBIDO 2014
Unión Europea	Proyecto: "Fortalecimiento de la Acción de la Sociedad civil en el campo de los derechos humanos en Chile	02/01/2014 al 02/07/2015	€ 328.336.80 (1ª cuota de 80%)	$ 243,658,739 (1ª cuota de 80%)
Fundación Ford	Proyecto Serie para TV Memoria del Pueblo Mapuche	01/06/2014 al 01/06/2015	$ 243,658,739	$ 15.004.950

AGRADECIMIENTOS

El INDH quiere agradecer a aquellas personas que han contribuido a la elaboración de este informe:

Organización Oro Negro.

Luanda.

Hijas de Azapa.

Organización de afrodescendientes Lumbanga.

También agradece a las personas que han sido entrevistadas para los diferentes capítulos de este informe:

Alex Muñoz Wilson (Vicepresidente OCEANA, oficina para Sudamérica).

Marcelo Mena (Subsecretario de Medio Ambiente).

Rodrigo Fredes (Presidente de Fundamental Chile, organización de personas en situación de discapacidad psicosocial).

Mauricio Gómez (Jefe Departamento de Salud Mental, MINSAL).

Uberlinda Astorga Cárdenas (Directora) e Irma Iglesias Zuazola (Presidenta, Fundación Down21 Chile).

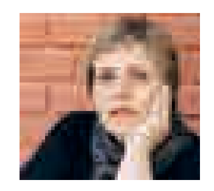
José Luis Ugarte (Académico Universidad Diego Portales/Universidad Alberto Hurtado/Universidad Adolfo Ibáñez).

Álvaro Flores (Juez del 2º Juzgado de Letras del Trabajo, Santiago, Profesor del Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Adolfo Ibáñez).

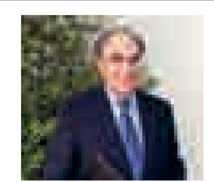
Paola Díaz (Jueza del 2º Juzgado de Letras del Trabajo, Santiago),

César Toledo (Académico Universidad Diego Portales /Universidad Central).

CONSEJO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS




Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos




Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

Carlos Frontaura Rivera



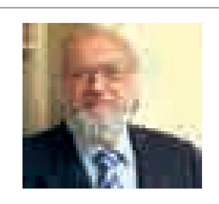

José Aylwin Oyarzún

Roberto Garretón Merino





Carolina Carrera Ferrer



Claudio González Urbina




Consuelo Contreras Largo




Sergio Micco Aguayo




Sebastían Donoso Rodríguez




Manuel Núñez Poblete



El presente Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2014 es el quinto que desarrolla el INDH desde su instalación en 2010. El período de análisis va del 1 de noviembre de 2013 al 31 de octubre de 2014, y en cumplimiento con lo que la Ley 20.405 mandata, el informe contiene un diagnóstico de la situación actual de los derechos humanos en ámbitos diversos, así como recomendaciones generales y específicas dirigidas a los distintos poderes del Estado.

El inicio de una nueva administración de gobierno, en marzo de este año, se inscribe en un contexto de mayor demanda al Estado por más reconocimiento y protección de derechos, más participación, más igualdad, y mejores instituciones. El diseño institucional que por décadas ha resguardado la estabilidad en el país, sumado a una característica contemporánea como es el incremento de la capacidad y velocidad de organización mediante nuevas tecnologías y redes sociales, sitúan a las instituciones de representación tradicional y a la burocracia del Estado en general, en la encrucijada de tener que aprender a responder a demandas nuevas, más organizadas, y más diversas en tiempo récord. La dificultad para adaptarse a estos nuevos tiempos, entre otros elementos, se traduce en bajos niveles de aprobación de la labor de las instituciones, así como un bajo interés por la política partidaria.

En su mayoría, estos problemas y desafíos no son nuevos. Han sido estudiados por la academia y también han sido planteados por organizaciones de la sociedad civil involucradas en la promoción y defensa de derechos de la ciudadanía. Los temas en debate en el ámbito público dicen relación con la calidad de la democracia y con su capacidad para responder de forma eficaz y eficiente a las expectativas de la ciudadanía, lo que está directamente ligado con el ejercicio de derechos fundamentales en diversos ámbitos.

El derecho de los derechos humanos tiene un aporte sustantivo que hacer en los actuales debates públicos en el país, en la medida que estos se refieren al ejercicio de derechos de las personas que habitan el territorio nacional, situación que es revisada en los apartados de este informe como contribución al debate público informado.